g, Chancery Lane,
FLEET ST.
LONDON.

B624

Paris. — Typographie HENNUYER ET FILS, rue du Boulevard, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,

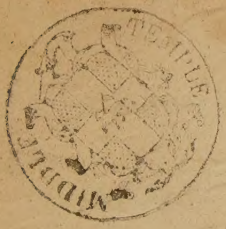
Inspecteur général des Archives ;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;

C. GINOULHIAC,

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.



TOME QUINZIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND ET PEDONE-LAURIEL

LIBRAIRES DE LA BIBLIOTHÈQUE DE LA COUR IMPÉRIALE, DE L'ORDRE DES AVOCATS,

9, RUE CUJAS (ANCIENNE RUE DES GRÈS)

1869

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

HISTOIRE

DU

DROIT CIVIL GRÉCO-ROMAIN

(SUITE[1].)

LIVRE III

DU DROIT DES CHOSES.

TITRE Ier. — DE LA PROPRIÉTÉ EN GÉNÉRAL.

§ 54. — Introduction.

La distinction des objets du droit de propriété en choses immobilières et choses mobilières ou qui se meuvent a un sens profond. En fait de meubles, le sentiment inné du droit naturel suffit pour assigner à l'homme un droit de propriété sur les choses qu'il produit par son travail et sur celles dont il acquiert par son activité la possession exclusive. Pour qu'un droit semblable fût reconnu exister sur des choses d'une autre nature, il a fallu plus que le simple sentiment du juste ; ç'a été un grand pas fait en avant dans le développement des idées juridiques. De là ce phénomène particulier, que dans l'ancienne Rome la propriété des choses immobilières et de celles qui se meuvent

[1] Suite de l'ouvrage de M. Zachariæ, traduit par M. Lauth. — Voir *Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, p. 561, et t. XII, p. 460.

ne peut s'acquérir autrement qu'avec la sanction de l'autorité publique.

L'*assignatio*, la *sub corona emtio*, la *mancipatio*, où les témoins représentaient dans une certaine mesure le peuple, le *legatum* (*calatis comitiis*), la *in jure cessio*, et même l'*usus*, où l'usage public et non contredit tient lieu d'une reconnaissance tacite de la part de tous, tous ces moyens d'acquérir la propriété portent l'empreinte de l'autorité publique. — Le droit civil romain avait réalisé un progrès dans son développement le jour où l'idée de la propriété individuelle fut assez généralement comprise pour que l'intervention de l'autorité publique ne fût plus considérée comme indispensable pour la créer. Si, dans la suite, sous les empereurs chrétiens, on prescrivit de nouveau que l'acquisition de la propriété immobilière fût tout au moins publiquement portée à la connaissance de tous, cette disposition ne fut nullement un retour aux anciens principes, ce fut une mesure exceptionnelle dérivant du système d'impôt foncier désormais en vigueur.

Une autre différence entre les deux classes de choses qui forment les objets du droit de propriété consiste en ce qu'ils n'intéressent pas au même degré l'ordre public. Abstraction faite des esclaves, c'est le sol et la terre qui ont le plus d'importance, et qui se distinguent ainsi de toutes les autres choses, comme constituant une des conditions essentielles de l'existence de l'Etat. Dans les premiers temps de Rome le sol était pour la plus grande partie *ager publicus*; plus tard on considérait encore le sol des provinces comme une propriété de l'État. Ce n'est que peu à peu, et à divers degrés, que l'on reconnut l'existence d'une propriété privée sur ce même sol. Mais, même alors, la propriété du sol resta distincte de celle des autres choses, soit par les nombreuses restrictions légales qui l'entouraient, soit comme formant la matière imposable par excellence, soit enfin par la création de droits tout particuliers consistant en jouissances et en redevances réelles.

Il y a une troisième différence à signaler. Pour les choses mobilières, on peut les *appréhender* corporellement d'une manière plus ou moins complète, on peut les avoir en sa main et les retenir; pour les autres choses, il n'existe qu'une *domination* qui s'exerce de loin. Et comme la situation du propriétaire

n'est pas la même dans l'un et l'autre cas, il lui faut une protection légale différente, suivant qu'il se trouve dans l'un où dans l'autre.

On comprend par là pourquoi, dans la Rome primitive, il n'y avait une action garantissant le droit de propriété comme tel que pour les *res mancipi*, c'est-à-dire pour les choses de la seconde catégorie. L'action supposait que ces choses avaient été soit acquises directement de l'État, au moyen de l'*assignatio*, de la *prædæ sectio* ou de la *sub corona emtio*[1], soit ultérieurement transmises après décès au moyen d'un *legatum*, ou entre-vifs par la *mancipatio*. Sans doute il est vrai de dire qu'on accorda bientôt une action de propriété pour toutes les choses, lorsqu'elles avaient été acquises par la *in jure cessio*[2] ou par l'*usus*; mais on semble encore avoir distingué dans le principe entre la propriété des *mancipi res* acquise par les modes précités, et la propriété de choses acquises par la *in jure cessio* et l'*usus*. L'une s'appelait exclusivement *mancipium*, l'autre *auctoritas*, et il y a lieu de supposer que les formes de procédure étaient différentes pour les deux actions en revendication de la propriété.

A mesure que Rome et ses rapports avec les autres peuples se développèrent, à mesure que le droit de s'adresser au magistrat de Rome pour la transmission de la propriété devint plus difficile et fut entouré de formalités plus compliquées, on dut ressentir vivement la lacune par suite de laquelle la propriété sur les *nec mancipi res* n'était protégée par une *vindicatio* qu'autant qu'elles avaient été cédées en présence du magistrat ou usucapées. L'usage qui s'introduisit à la suite de la loi des XII Tables[3] remédia au mal, en ce qu'il accordait aussi l'action de propriété à celui à qui le propriétaire d'une *nec mancipi res* en avait fait la tradition *ex justa causa*.

[1] Gaius, IV, 16. « Maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. »

[2] La *in jure cessio* est évidemment d'origine plus récente que la *mancipatio*; la première suppose comme bien et dûment établi le principe d'une propriété pourvue d'un droit de revendication.

[3] Le *jus civile* dans le sens le plus étroit du mot (l. 2, § 5, D. *De orig. juris*), car la *traditio* d'une *nec mancipi res* était valable et efficace tout comme une *civilis acquisitio*.

Vers la même époque s'introduisit une procédure nouvelle et générale pour les actions de propriété, celle qui se faisait *per sponsionem*. A partir de ce jour, la notion du *alicujus esse ex jure Quiritium*, qui engendrait toujours une même action de propriété, se fondit en une notion unique pour laquelle on adopta le nom général de *dominium*.

Ce système reçut une certaine extension grâce à l'influence du *jus gentium*, par suite de l'introduction du *per formulas litigare*, et du développement que reçut en conséquence l'édit du préteur. Pour les *peregrini*, qui n'étaient pas aptes à acquérir la propriété *ex jure Quiritium*, on avait admis que celui qui avait acquis une chose *jure gentium* ou *naturali jure*, avait une propriété *naturelle* et une action réelle pour en assurer l'exercice. Le préteur appliqua ce système aux citoyens romains; non-seulement la *rei vindicatio* était accordée à celui qui pouvait dire qu'une chose lui appartenait *ex jure Quiritium*, et qui par conséquent l'avait acquise au moyen d'une *civilis acquisitio*, mais encore on octroyait une *in rem actio* (l'*actio publiciana?*) à celui qui avait acquis une chose au moyen d'une *naturalis acquisitio*, et qui de cette manière ne l'avait que *in bonis*. C'est ainsi qu'il y eut de nouveau pour les citoyens romains deux sortes de propriété, le *dominium* (*ex jure Quiritium*) et le *in bonis esse*, la première restreinte aux objets susceptibles d'une pareille propriété, ne s'appliquant pas par conséquent au *provinciale solum*.

Lorsqu'il arrivait qu'une chose appartenait encore à l'un *ex jure Quiritium*, et qu'un autre l'avait *in bonis* (*duplex dominium*), dans le cas par exemple où l'un s'était borné à faire à l'autre la tradition d'une *res mancipi*, le préteur protégeait ce dernier et le préférait au premier.

Ce système compliqué rencontra par la suite, surtout dans l'empire romain d'Orient, un tout autre état de choses. Tous les habitants étaient maintenant citoyens romains, et par conséquent aptes à posséder une chose *ex jure Quiritium*. Mais pour les choses immobilières une semblable propriété n'était pas possible, en règle générale au moins, parce que le sol de l'empire n'était pour la plus grande partie que *provinciale solum*. La *mancipatio* et la *in jure cessio* étaient impraticables : l'une à raison de ses nombreuses formalités, l'autre parce que la simple

tradition des *mancipi res* produisait en fait des conséquences à peu près égales. Enfin la distinction entre les différentes *in rem actiones* avait perdu tout intérêt pour le propriétaire depuis la disparition de l'*ordo judiciorum privatorum*.

Justinien a pour ce motif formellement supprimé les derniers vestiges de l'*antiqua subtilitas*[1]. Suivant la législation de cet empereur, tous les modes d'acquérir produisent un même droit de propriété sur toutes les choses, lequel peut être exercé par une seule et même *in rem actio*.

§ 55. — Droit byzantin.

Le droit de Justinien ayant pour ainsi dire passé le niveau sur la théorie de la propriété pour la ramener à des principes généraux applicables à tous les cas, on ne doit pas s'étonner s'il n'a reçu dans l'empire d'Orient aucun développement considérable.

Et en effet les législateurs byzantins semblent avoir considéré la théorie générale du droit de Justinien sur l'essence de la propriété et sur les manières de l'acquérir et de la perdre, comme tellement claire par elle-même, qu'ils n'ont pas cru, au moins pour les petits Codes impériaux, qu'il fût nécessaire d'en parler, si brièvement que ce fût.

Les *Basiliques*, il est vrai, contiennent en cette matière, comme en toute autre, les titres y relatifs du Digeste et du Code[2] ; mais l'*Ecloga* ne fait même pas mention de la théorie de la propriété, et le *Prochiron* et l'*Epanagoge* n'y touchent qu'occasionnellement[3]. De même les livres de droit publiés ou compilés par les jurisconsultes ne renferment pas un seul titre spécial relatif à la propriété[4]. Michel Attalensis et Constantin Harmenopule seuls font exception à cet égard[5].

[1] L. *un.* C. *de nudo jure Quiritium tollendo* (7, 25) et l. *un.* C. *de usucap. transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* (7, 31). Comp. § 40, J. *de R. D.* (2, 1) et *Theophil., ibid.*

[2] Les Basiliques les renferment dans les livres 15 et 30, et par conséquent ne présentent pas, non plus que le Digeste ni le Code, la théorie de la propriété dans son ensemble.

[3] Notamment dans le titre περὶ Καινοτομιῶν. (*Proch.*, XXXVIII ; *Epan.*, XXXIX.)

[4] Pas même l'*Epitome*, habituellement si complet.

[5] *Attal.*, XXX ; *Harm.*, II, 1, 4, 6 ; III, 3.

Enfin, en ce qui concerne l'influence des Novelles des empereurs byzantins sur la législation de la propriété, nous devons mentionner tout d'abord une Novelle de l'impératrice Irène, dans laquelle est insérée une disposition relative à la procédure à suivre en cas de bornage, disposition qui, suivant une indication de la Πεῖρα, semble avoir été maintenue depuis dans la pratique[1]. Pour le surplus, il ne nous reste plus qu'à rappeler le *dilettantisme* avec lequel Léon le Sage s'est plu à apporter de petites modifications à diverses dispositions du droit de Justinien. Parmi les Novelles de Léon[2] nous appellerons l'attention sur :

1. La Novelle 51, traitant de l'acquisition d'un trésor découvert. Après Justinien, peut-être sous *Nicephorus Generalis*[3], on avait érigé en principe que tout trésor découvert appartenait au fisc.

Léon rétablit la législation justinienne avec la seule modification que l'inventeur qui a célé sa trouvaille perd le trésor entier au profit du propriétaire de la terre, alors même que ce dernier est un particulier et non pas le fisc. Dans les Basiliques[4] les dispositions du droit de Justinien ont été insérées; de là elles ont été reproduites dans la *Synopsis*, et ensuite elles ont passé dans différents livres de droit[5]. Quant à la Novelle de Léon et aux modifications qu'elle contenait, il n'en est plus fait mention nulle part.

2. Les Novelles 56, 57, 102, 103 et 104 relatives aux bords de la mer. D'après Justinien, les bords de la mer font partie des choses qui ne sont la propriété de personne, mais dont l'u-

[1] Coll. I, Nov. 27, C. 3. Πεῖρα, XXXVII, 1.

[2] Comp. Coll. II de la compilation des Novelles de l'auteur.

[3] Comp. dans les Novelles de l'auteur, p. 61, la ἔκτη τυραννίς de *Nicephorus Generalis*. — La scolie de la Nov. 51, p. 144, parle d'une συνήθεια.

[4] *Basil.*, L. 1. 30, 59 (l. 31, § 1; l. 63, *D. de* A. R. D.); LVI, 2. 3 (l. 3, § 10, 11, *D. de jure fisci*); LVI, 7, 13 (l. *un.* C. *de thesaur.*).

[5] Μικρὸν Θ, C. 11; *Harm.*, II, 6, § 3, 4. — L'*Epit. ad Proch. mut.*, XLIII, *in fine*, porte ce qui suit : Ξγ' Ἐὰν ἐν τῷ πραθέντι εἰκῷ θησαυρὸς εὑρεθῇ, τῷ ἀγοραστῇ διαφέρει. Εἰ δὲ ἐν δημοσίῳ τόπῳ ἢ ἐν μνημείῳ, τὸ ἥμισυ τῷ φίσκῳ διαφέρει καὶ τὸ ἥμισυ αὐτῷ τῷ εὑρόντι· εἰ δὲ ἀποκρυψεί, ὅλον φισκεῦται. — Ξδ', Ὁ καταμηνύων θησαυρὸν πεντὲ λίτρας χρυσίου ἐγγυᾶται, ἕως ὅτε τὰ προσαγγελθέντα ἀγράφως διακριθῇ.

sage est commun à tout le monde. Dans la Novelle 56 Léon a supprimé une application de ces principes qui se trouvait dans la loi 13, § 7, D. *de injuriis* (47,10)[1], et cette Novelle a été admise par Harmenopule[2]. Ce que cet empereur a ordonné dans les Novelles 57, 102, 103 et 104 touchant l'établissement des filets sur les bords de la mer n'est pas tout à fait logique[3]. Ces décisions sont néanmoins citées dans la Πεῖρα, par Psellus, par Michel Attalensis, et dans le Μικρόν[4], comme étant encore en vigueur.

3. Les Novelles 71 et 113, qui contiennent des prescriptions sur la distance qu'on doit observer entre les constructions limitrophes. La Novelle 113 est dans son ensemble d'accord avec le droit de Justinien, mais la Novelle 71 est considérée par les jurisconsultes byzantins[5] comme renfermant une disposition pratique de droit nouveau.

4. La Novelle 95. Elle semble n'être que le développement du paragraphe 21, J. *de R. D.* (2, 1) ; il n'est pas bien certain si elle modifie les lois 7, § 2 ; 9, § 2, D. *de damno infecto* (39,2). Harmenopule a reproduit cette Novelle[6].

TITRE II. — DE LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE EN PARTICULIER.

§ 56. — Influence du système de l'impôt foncier.

Bien que la théorie du droit de Justinien sur la propriété n'ait pas été modifiée dans son ensemble pendant toute la période byzantine, néanmoins les institutions qui déjà du temps de

[1] La loi 13, § 7, D. cit, se trouve aussi dans *Basil.*, LIII, 6, 1.

[2] *Harm.*, II, 1, 54.

[3] Si l'on n'a pas inséré la loi 5, § 1, D. *de R. D.*, dans les Basiliques, c'est peut-être à cause de ses dispositions fondées sur le droit coutumier. — Comp. au sujet de ces ordonnances, *Cujac. Observ.* XIV, 1.

[4] Πεῖρα, LI, 26. — *Psellus*, V, 851 et suiv. — *Mich. Attal.*, *in Append.*, I. — Μικρόν, N., C, 36-38.

[5] Elle a peut-être servi de prétexte à l'interpolation de la τόξου βολή dans *Basil.*, LVIII, 9, 13. — La Novelle 71 est mentionnée dans Πεῖρα, IX, 8 ; dans *Tipucitus* (*Basil.*, éd. Heimb., V, p. 212, note c) ; *Mich. Attal.*, *in Append.*, I ; Μικρόν, N., C. 33 ; *Harm.*, II, 4. — Comp. Heimbach dans la *Revue critique* de Richter et Schneider, 1839, p. 961 et suiv. — *Mich. Attal.* XXXIV, 9. — *Tipucitus*, LIX, 2. (*Basil.*, éd. Heimb., V, p. 224, note n.)

[6] *Harm.*, II, 4, 138.

Justinien étaient nées sous l'influence du système d'impôt foncier en usage à cette époque, se développèrent ou même reçurent une forme toute nouvelle[1].

Afin de rendre cette transformation plus compréhensible, nous croyons devoir au préalable présenter un exposé complet du système romain sur l'impôt foncier.

C'est avec Auguste[2] que commence dans l'empire romain la réforme de l'organisation des finances. Le principal impôt était la *capitatio*, impôt personnel et foncier. Tous les plébéiens et tous les fonds de terre étaient recensés ou évalués par *capita* (ζυγοκέφαλα). Dans le principe, chaque plébéien formait un *caput*; plus tard, deux, trois, quatre plébéiens n'en firent plus qu'un; les *capita* en terre au contraire étaient de différentes mesures : dans l'Orient, *juga*; dans l'Afrique, *centuriæ*; en Italie, *millenæ*. On percevait pour ces *capita*, et suivant leur importance, un impôt en numéraire (*humana* et *terrena capitatio*), et pour les *capita* fonciers on percevait aussi des redevances en blé (*annonariæ functiones*) et en bétail (*capitatio animalium*)[3].

Le cens, ou l'estimation, avait pour base la *profession*, c'est-à-dire la déclaration des imposables eux-mêmes[4]. Il y avait di-

[1] Une monographie très-approfondie du professeur Kalligas, d'Athènes, περὶ Δουλοπαροικίας παρὰ Ῥωμαίοις καὶ Βυζαντινοῖς, καὶ περὶ φορολογικῶν διατάξεων, dont la deuxième édition a paru dans la Θέμις, IX, p. 154-247, s'occupe de l'impôt foncier chez les Romains et de ses effets. L'histoire de l'impôt foncier chez les Romains est particulièrement intéressante en ce qu'elle est la meilleure critique de la théorie émise par les physiocrates sur la convenance et la supériorité d'un impôt de cette nature.

[2] Les auteurs byzantins (comp. les Nov. de l'auteur, p. 224, 315, 386 et suiv.) attribuent cette organisation à Auguste, bien qu'elle se rattache à un état de choses antérieur et qu'elle ne se soit étendue que peu à peu à tout l'empire. Pour de plus amples détails touchant cette réforme, voyez le traité de M. Zachariæ : *Etudes sur l'impôt foncier chez les Romains pendant l'ère impériale*; — *Mémoires* de l'Acad. de Saint-Pétersbourg, VII^e^ série, t. VI, n° 9; — et Bachofen, *Principes de l'organisation de l'impôt chez les Romains* dans le *Neues Schweiz Museum*, 1862, p. 105 et suiv.

[3] Il reste à savoir si l'on doit entendre de la *capitatio animalium* le ψυχικὸν τέλος dans l'édit. Pr. Pr., XXIV (voy. Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 275) et la ψυχικὴ συντέλεια dans la loi 13, C. *de annon. et tribut.*, 10, 16. — Il est possible qu'il s'agisse de la *capitatio humana*, c'est-à-dire de l'impôt personnel.

[4] L. 4, pr. D. *de censibus*, 50, 15.

vers moyens pour en contrôler la sincérité [1], et les déclarations mensongères étaient punies. Les résultats du cens étaient réunis par listes dans le cadastre [2], c'est ce qu'on appelait *libri censuales, polyptycha, encautaria.*

On ne possède que peu de détails sur l'organisation de ce cadastre ; on n'en peut juger que par les règlements sur les professions et la forme des quittances d'impôt [3], ainsi que par des fragments de cadastres qui ont été conservés dans la Πεῖρα [4]. Les cadastres proprement dits semblent avoir été dressés dans l'ordre des fonds de terre ; on y inscrivait à la suite le nom des propriétaires et autres habitants, ainsi que le montant des *capita*. Il y avait, en outre, d'autres listes (*breves*, στίχοι) sur lesquelles on rangeait les imposés d'après leur nom ou leur cote d'imposition. On distinguait plusieurs espèces de ces cadastres et listes : les uns étaient généraux et servaient à l'autorité supérieure ; les autres spéciaux et destinés aux autorités subalternes, notamment pour certains territoires et leurs curies [5]. Les cadastres, en tant qu'ils fournissaient des renseignements sur les propriétaires et sur la délimitation des parcelles, furent utilisés de bonne heure comme moyens de preuve ; il en fut encore ainsi sous l'ère byzantine [6].

[1] Par exemple les arpentages généraux auxquels on procéda du temps d'Auguste et de Théodose, et qui au fond n'étaient rien moins que des arpentages spéciaux pour l'assiette de l'impôt foncier. Hænel, *Corpus legum*, I, p. 6, 233.

[2] *J. Gothofredus* fait dériver ce mot soit de *capitastrum*, soit, et avec plus de raison, de la formule grecque καταστρωθήτω, au moyen de laquelle, dans le style byzantin, on ordonnait le dépôt de documents importants dans les archives.

[3] Hænel, *loc. cit.*, II, p. 280. *Edict. Pr. Pr.*, XXXII, § 1 ; Nov. 17, c. 8 ; Nov. 128, c. 3.

[4] Πεῖρα, XV, 10 ; XXXVI, 23. — L'impôt foncier fut même appelé ἀκρόστιχον, dont les Latins firent le mot *crusticum*, et dont l'origine remonte aux στίχοι ou ἀκρόστιχοι (Coll. IV, Nov. 24. — Nov. de l'auteur, p. 393). Comp. Ducange. — Les *placita* des barons francs sous l'empereur Henri de Constantinople, en l'an 1210, font mention de l'ἀκρόστιχον, « quod ..... debent cuncti ..... propter terras quas tenent ....., quod tempore captionis civitatis Const. solvebatur a Græcis. »

[5] Dans la l. 8, *C. Th. de censu*, 13, 10, on mentionne à la fois les *libri publici* et *civitatum ac provinciarum encautaria.*

[6] Dig., X, 1, 11 ; XXII, 3, 10 ; *Basil.*, XXII, 1, 10 ; LVIII, 9, 11 ; Πεῖρα, XXXVI, 23.

Le renouvellement périodique du cens était un principe consacré par un ancien usage. Mais bientôt après le règne de Constantin le Grand ces révisions générales régulières, ou renouvellements du cadastre, semblent avoir été négligées. Dans les Codes de Théodose et de Justinien il n'est plus question[1] que de révisions locales et extraordinaires du cadastre, ou de redressements, ou de continuation partielle. Par exemple on exigea que les mutations de propriété y fussent mentionnées. C'est pour ce motif que Théodose enjoignit à tout acquéreur de biens fonciers de faire opérer la mutation sur le cadastre[2]. Plus tard les préfets du prétoire — grâce au développement des principes appliqués en matière de *missio in possessionem* — exigèrent en outre que toute mutation de propriété ou toute prise de possession de biens fonciers s'opérât sous la direction d'une autorité publique[3], et cette mesure semble s'être perpétuée jusque dans les derniers temps de l'ère byzantine[4].

Le montant de l'impôt exigé pour un *caput* ne fut pas toujours le même. Il était de temps en temps déterminé par des ordonnances spéciales; celles-ci étaient tantôt ordinaires, tantôt extraordinaires, suivant qu'elles étaient rendues régulièrement

[1] La comparaison entre la loi 12, C. *de annonis*, 10, 16 de l'an 434, et le rapport des principaux agents du fisc à l'empereur Alexis Comnène (Novelles de l'auteur, p. 393) démontre combien, pendant cet intervalle, le cadastre était resté sans changements pour les points principaux. — L'empereur Basile Porphyrogénète dit que les révisions partielles avaient lieu assez régulièrement tous les quarante ans environ (voy. Nov. de l'auteur, p. 315).

[2] L. 2, *C. theod. de contr. emt.*, 3, 1; l. 5, *sine censu*, 2, 3; *Nov. Theodosii*, II, tit. 27; l. *un.*, C. *de suffragio*, 4, 3.

[3] Edit. Pr. Pr., 2, 29, 33, c. l. (Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 253, 266, 276, 278). — Comp. encore Nov. 17, c. 8, § 1.

[4] L'édit. Pr. Pr., 2, qui a été inséré sous le numéro de la Novelle 167 dans le dernier recueil des Novelles de Justinien, a été reproduit ensuite dans les Basiliques, l. LVI, tit. 21. Plus tard on n'en fait plus mention, si ce n'est que pour l'acquisition de la propriété ἔγγραφα δικαιώματα et συστατικαὶ μαρτυρίαι sont obligatoires. Coll. III, Nov. 29 (p. 311 et 313 de la collection de l'auteur); Πεῖρα, XV, 10; XXXVII, 1. Comp. aussi la scolie sur Harmenopule, éd. Heimb., p. 375. Le Code moldave renferme des prescriptions identiques sur la transmission de la propriété des immeubles. Dans le royaume de Grèce ce mode de transmission n'est pas encore usité. Καλλιγᾶς, II, § 118.

pour une certaine période, ou qu'elles ajoutaient exceptionnellement pendant ladite période des suppléments à l'impôt déjà fixé ; les premières s'appelaient *indictiones*, les secondes *superindictiones*.

Constantin le Grand paraît avoir établi comme une règle la fixation des impôts réguliers pour une période de quinze ans [1], afin de remédier au désordre et à l'arbitraire qui s'étaient glissés dans le système des impositions depuis le règne de Dioclétien. Cependant les cotes régulières des contributions furent peu à peu rendues fixes, non-seulement pour quinze ans, mais pour toujours ; si bien qu'elles ne furent plus désignées que sous le nom de *canons*. Les *superindictiones* ne furent cependant pas abolies, et lorsque, en fin de compte, les impôts additionnels devinrent permanents, on se contenta d'établir qu'ils seraient considérés comme faisant partie intégrante du canon [2].

La perception directe de la *capitatio* et la remise des sommes perçues aux autorités impériales étaient primitivement mises à la charge des magistrats municipaux pour leurs territoires respec-

[1] Il n'y a pas lieu d'établir une corrélation entre le cycle des *indictiones* et les révisions périodiques du cadastre; car précisément on ne trouve plus le retour régulier du cens depuis l'établissement de ce cycle. Le cycle des *indictiones* est peut-être plutôt une période budgétaire normale, destinée à mettre un terme au désordre qui régnait dans les finances, autant dans l'intérêt de l'État que des imposables. L'usage se maintint en outre d'adresser annuellement, même durant le cours d'une période budgétaire, une réquisition aux imposables pour le payement des impôts fixes. (*Canonica indictio*, Cod. Theod., VI, 26, 14.) Il y en a des exemples dans les édits des préfets du prétoire, datés du commencement de l'année budgétaire (1er septembre), ὥστε τοὺς ὑποτελεῖς εὐγνωμόνως τὰ δημόσια διδόναι (Ed. Pr. Pr., 4, 6, 13), et Justinien maintient encore cet usage dans la Nov. 128, c. 1.

[2] L. 1, *C. de indictionibus*, 10, 17. — L'impôt foncier perdit par là le caractère d'un impôt proprement dit, et revêtit plutôt celui d'une rente. Par la même raison les impôts en nature et en corvées à fournir à l'État se changèrent en charges réelles. Les cadastres locaux se transformèrent; de cadastres de l'impôt ils devinrent des urbaires et furent désignés plus tard sous le nom d'ἀναγραφαί. — Plusieurs de ces urbaires de certaines localités de la Grèce, remontant aux années 1336 et 1337, figurent dans des titres cités par *Buchon* dans ses *Nouvelles recherches hist. sur la princ. franc. de la Morée*. Paris, 1843, II, p. 55, 74. En l'an 1409 la révision de ces urbaires fut ordonnée à Corfou; un grand nombre d'entre eux ont été conservés et sont parvenus jusqu'à nous. *Buchon*, I, p. 419; II, p. 425.

tifs et sous leur responsabilité personnelle. Dans la suite on les déchargea de cette obligation en ce qui concernait les grands propriétaires fonciers, qui durent verser directement leurs impôts entre les mains des représentants de l'empereur[1]. Cette modification entraîna naturellement un remaniement du cadastre. On retrancha des cadastres communaux les grandes propriétés, et on créa des cadastres à l'usage de ces dernières. Ainsi on établit une distinction entre les parcelles qui étaient comprises avec d'autres dans le cadastre communal (plus tard on se servit à cet effet des expressions χωριτικοὶ στίχοι et στάσεις), et les grandes propriétés foncières, qui avaient une place à part dans les cadastres généraux ou provinciaux, et qui sont désignées sous le nom de *possessiones* ou *massæ*, comme constituant des ἰδιόστατα[2].

L'achèvement général du cadastre et du système des *indictiones* fournissait un instrument d'une efficacité dangereuse, sous des apparences de justice et d'égalité, pour l'augmentation arbitraire de l'impôt, et il devait infailliblement arriver qu'on s'en servît pour élever le chiffre des recettes publiques.

Non-seulement on put élever, sur l'échelle des *capita*, toutes les taxes destinées à satisfaire un intérêt provincial ou communal, mais encore la *capitatio* proprement dite fut augmentée du quart, surtout depuis les partages de l'empire sous Dioclétien[3], partages dont la conséquence fut la multiplication et l'agrandissement des cours des empereurs, et par suite une dépense toujours croissante.

[1] Cod. Theod., XI, 1, 14; 7, 12; l. 1, *C. Just. de omni agro deserto*, XI, 59. — Lorsque les impôts étaient affermés, ainsi que cela se pratiqua du temps d'Alexis Comnène (Nov. de l'auteur, p. 393), les redevances étaient payées entre les mains du fermier de l'impôt.

[2] C'est ce qui explique comment les *possessores*, appelés d'abord κτήτορες, puis δυνατοί, purent former une classe distincte, ayant ses limites bien marquées. Un titre de cession de l'an 1335, concernant des biens-fonds situés en Morée, distingue encore *tam terras et possessiones quam stasias*. Buchon, *loc. cit.*, II, p. 36. De même on rencontre dans les urbaires (note 2, p. 15) mentionnés plus haut des *stasias* isolées, et en l'an 1387 on concède à Athènes, à un individu, un στάσιον en échange d'un certain nombre de jours de corvées. Buchon, *ibid.*, p. 221.

[3] *Lyd. de magistr.*, 1, 4, dit de Dioclétien : Ἀνεμετρήσατο τὴν ἤπειρον καὶ τοῖς φόροις ἐβάρυνεν.

Le poids de cette augmentation de la *capitatio* était déjà très-lourd, il fut encore considérablement aggravé par suite du concours de diverses autres circonstances. A ce point de vue, nous signalerons *tout d'abord* la diminution du bien-être général, lorsque, avec le commencement des invasions des barbares, l'agriculture, le commerce et l'industrie tombèrent dans une décadence marquée. *En second lieu*, l'augmentation de la valeur de l'argent : la comparaison de l'édit de Dioclétien, relatif au prix des denrées, avec des indications de prix ultérieurs, constate une décroissance constante de tous les prix, ce qui équivaut à une augmentation du prix des métaux précieux. La *capitatio*, étant un impôt d'argent, devenait par conséquent une charge d'autant plus lourde et plus pénible à acquitter, même en l'absence de toute modification du taux nominal. *Enfin*, la corruption croissante des fonctionnaires : les employés subalternes du fisc, dont le nombre était énorme, poussés à des spéculations illicites par la modicité de leurs traitements, pressuraient tout particulièrement les contribuables en exigeant des frais arbitraires de perception.

Cette situation amena d'une part des plaintes et des supplications à fin de dégrèvements, et d'autre part une fuite générale devant l'impôt. La misère et le désordre se montrent partout au fond des nombreuses prescriptions du Code de Théodose sur la matière des impôts; ces prescriptions ne parvinrent pas à arrêter le mal : elles l'augmentèrent même dans certains cas.

C'est grâce à ces circonstances que, secondée par la chute de l'empire romain et comme entraînée par une force irrésistible, s'opéra une grande transformation dont le principal caractère consiste dans la disparition des municipalités libres et l'établissement d'une espèce de féodalité.

Les mesures que les empereurs crurent devoir prendre pour remédier à cet état de choses peuvent être divisées en deux classes :

L'une avait pour but de diminuer le poids de la *capitatio*. Le remède le plus général et le plus efficace consista à ramener pour chaque *caput* le taux de l'impôt à une mesure supportable, à cette norme qui, sous le nom de *canon*, s'est conservée depuis jusqu'à une époque plus moderne. — Les indulgences, c'est-à-

dire la remise des impôts non recouvrés[1], qui se répétaient sans cesse, exercèrent une influence moins heureuse. Il était d'usage que chaque empereur, lors de son arrivée au pouvoir, fît remise de tous les impôts non recouvrés[2]. Cette tradition fut maintenue sous l'ère byzantine, et on blâma vivement *Nicephorus Generalis* de ne pas s'y être conformé[3]. Mais ces indulgences en elles-mêmes étaient une chose injuste : en majeure partie, elles ne profitaient qu'à ceux auxquels les employés du fisc n'avaient pas osé s'attaquer et constituaient une récompense pour les mauvais débiteurs au préjudice des bons. — Enfin l'octroi de nombreuses immunités souvent révoquées, souvent aussi confirmées par les empereurs subséquents, pouvait à la vérité écarter certaines plaintes, mais non remédier au mal. La plus remarquable des mesures de ce genre est l'immunité de l'impôt personnel accordée d'abord à l'*urbana plebs*[4], ensuite plusieurs fois à la *rustica plebs*[5]. Les derniers vestiges de cette immunité ont dû être effacés par *Johannes Tzymisces*[6]. L'Église chrétienne a su de même se procurer et se faire garantir la possession de riches immunités pour ses biens et pour ceux des couvents, si ce n'est en ce qui concernait la *capitatio* proprement dite[7], tout au moins en ce qui concernait les charges extraordinaires et supplémentaires réparties sur l'échelle des *capita*[8].

[1] Cod. Theod., XI, 28.

[2] Dans la collection de Novelles de M. Zachariæ on trouve des *indulgentiæ reliquorum* (συγχωρήσεις λειπάδων) de *Justin II* (coll. I, Nov. 1), de *Tibère II* (?) (coll. I, Nov. 11), de *Nicephorus Botanista* (coll. IV, Nov. 1). *Suidas* dit de *Mauricius :* Ἀναφέρεται δὲ καὶ τὴν τρίτην μοῖραν τῶν φόρων συγχωρῆσαι τοῖς ὑπηκόοις.

[3] Nov. de l'auteur, p. 61, note.

[4] L. 1, C. *ne rusticani*, XI, 54.

[5] Cod., XI, 52, 53.

[6] *Cedren.*, éd. Paris, p. 683. Comp. la note 601 de l'auteur dans le traité cité. Il est en outre question d'impôts personnels qui étaient dus suivant l'importance de la famille ou de la maison. Il en est ainsi dans les urbaires cités à la note 2, p. 12, où chaque paysan *pro servitio personali* était tenu de payer annuellement cinq ὑπέρπυρα.

[7] L. 15, pr. *C. Th. de episcopis*, 16, 2. Un exemple de l'impôt à payer par un couvent se trouve mentionné dans les Novelles de l'auteur, p. 400.

[8] *Theodor. Nov.* 131, c. 4. Un grand nombre de chrysobulles du dixième siècle et des siècles suivants, ayant trait à ce sujet, nous ont été conservés;

La seconde classe des mesures prises par les empereurs avait pour but d'empêcher que personne n'échappât à l'impôt. Nous n'en pouvons mentionner ici que les principales et les plus énergiques [1], celles qui ont eu pour conséquence de créer un droit nouveau et tout particulier pour la propriété foncière. Le caractère de ce droit dans la législation de Justinien mérite une étude spéciale, parce qu'il n'a pas toujours été convenablement apprécié, et que, sans l'avoir étudié à fond, on ne saurait clairement exposer la marche et la transformation ultérieure du droit byzantin.

§ 57. — L'Ἐπιβολή.

Dans l'origine, on avait la faculté de demander la remise de l'impôt, dans le cas où un fonds de terre perdait de sa force productive, ou bien lorsqu'il ne produisait rien [2]. Dans la pire des hypothèses, les propriétaires pouvaient abandonner [3] les parcelles devenues improductives, afin de s'affranchir du payement de l'impôt. Les *agri deserti* étaient dans ce cas offerts en propriété à celui qui se déclarait prêt à en acquitter les charges publiques [4].

Mais plus tard, lorsque par suite de la surélévation des impôts et des nombreuses corvées et redevances en nature, les paysans et les colons des régions exposées aux invasions des barbares, et même les esclaves attachés à la terre abandonnèrent les domaines ruraux pour se soustraire à ce poids insupportable, les demandes en remise d'impôts et les délaissements devinrent trop fréquents pour qu'il fût possible de les tolérer sans un grave préjudice pour le trésor de l'État. On limita en conséquence, autant que possible, le droit à la réduction et celui

ils sont reproduits en entier ou par extraits dans la collection de Novelles de M. Zachariæ.

[1] En ce qui concerne le lien étroit qui existe entre ces prescriptions et l'ἐπιβολή, il y a lieu de se reporter d'une part aux dispositions de la l. 12, *Cod. Theod., de annona et trib.*, 11, 1 ; — de la Nov. 17, c. 14 ; — de la *Nov. Theod.*, 17, § 23 ; et d'autre part à celles des l. 5, 6, 7, 9, 10, *C. de omni agro deserto*, 11, 59.

[2] L. 4, § 1, *D. de censib.*, L, 15.

[3] Bien entendu seulement *publicatis apud acta provincialia desideriis suis*. L. 14, *C. de omni agro deserto*, XI, 59.

[4] L. 3, 8, 11, *C. de omni agro deserto*, XI, 59.

de délaissement, et l'on supprima l'un comme l'autre pour le cas où le pétitionnaire, outre le fonds devenu improductif, possédait encore d'autres fonds productifs, voire même quand il était démontré qu'il possédait d'ailleurs une fortune suffisante [1].

Dans les cas où l'État ne pouvait s'opposer, ni en fait ni en droit, au délaissement, et lorsqu'il ne se rencontrait personne qui consentît à prendre volontairement les biens abandonnés en s'obligeant par contre à supporter les charges et prestations dues à l'État, on en vint à adjuger de force les *desertos et steriles agros* aux propriétaires d'autres parcelles imposées, et à les contraindre d'acquitter les charges correspondantes. C'est là la mesure qu'on appelle communément l'ἐπιβολή [2].

Les premières traces d'un semblable procédé datent du règne de Constantin le Grand [3]. Ce que l'on raconte d'Anastase [4], qui aurait eu la pensée de supprimer les impôts ainsi rejetés sur d'autres que les débiteurs, et qui en aurait été empêché par le préfet du prétoire Martin, n'est qu'un fait isolé. Quoi qu'il en soit, on appliquait avec rigueur l'ἐπιβολή du temps de Justinien [5].

Dans le droit de Justinien, il est même question d'une double sorte d'ἐπιβολή. La Novelle 128 parle dans le chapitre VII de l'ἐπιβολὴ κτήσεως ὁμοβούλων ἢ ὁμοκήνσων, et, dans le chapitre VIII, du supplément qu'on impose τοῖς ὁμόβουλα ἢ ὁμόκηνσα χωρία κεκτημένοις.

Julien, dans son *Epitome Novellarum* [6], semble à la vérité considérer les deux comme une seule et même chose; il en est de même pour *J. Gothofredus* [7], qui n'admet qu'une seule espèce

[1] *C. Theod.*, XI, 1, 10, 17, 31; — XIII, 11, 10, 13, 15, 16. — Comp. *Gothofredus*, ad. l. 16 *cit.* — Comp. Πεῖρα, VIII, 3.

[2] Quelquefois aussi ἐπιφορά. Comp. Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 256. — Dans l'*Authenticum Nov.*, 133, on se sert du mot *superindictio*; dans Julien, on traduit par les mots *impositio sive injectio.*

[3] L. 1, *C. de omni agro deserto*, XI, 59.

[4] *Alemannus ad Procop.*, ed. Paris., p. 163, d'après *Cyrillus Scythopolitanus.*

[5] *Procop., Hist. Arc.*, c. 23. *Suidas*, vo Ἐπιβολή, fait remonter en conséquence l'origine de l'ἐπιβολή à Justinien; mais cette assertion est démentie par l'édit de *Zoticus* de l'an 512 (Nov. 168, *ed. Pr. Pr.*, 24).

[6] *Julian. Const.*, 124, c. 547, 548.

[7] Dans son commentaire du Code de Théodose, principalement sur la l. 4, Cod. Theod., *De annona et trib.*, 11, 1.

d'ἐπιβολή. Toutefois dans l'édit du préfet *Zoticus*[1] on distingue avec tant de précision les ὁμόδουλα et les ὁμόκηνσα dans leurs rapports avec l'ἐπιβολή, qu'il n'est possible dans aucun cas d'admettre cette prétendue identité de l'ἐπιβολὴ κτήσεως ὁμοδούλων et de l'ἐπιβολὴ κτήσεως ὁμοκήνσων.

Maintenant, en ce qui concerne la première, il faut admettre que les ὁμόδουλα[2] ne sont pas autre chose que les *possessiones*, qui, au moins par rapport à la confection du cadastre, restaient en dehors de l'union communale, et qui avaient leur place à part dans les cadastres provinciaux, catégorie pour laquelle on rencontre aussi le terme de *massæ* cité plus haut[3]. Le terme ὁμόδουλα δίκαια apparaît encore au treizième siècle[4]. Ce sont par conséquent des propriétés foncières qui, au moment de la confection du cadastre, appartenaient à un même propriétaire, et qui, soit à raison de leur étendue, soit en considération de la position élevée de leur possesseur, avaient été cadastrées non pas comme portions d'un territoire communal, mais comme unités indépendantes. C'est sous ce point de vue qu'on continuait à les considérer, même lorsqu'il leur arrivait d'être morcelées ultérieurement, et que les parcelles passaient entre les mains de divers propriétaires par suite d'aliénation ou de succession.

Tant que ces parcelles étaient réunies sur la tête du premier propriétaire inscrit au cadastre, celui-ci était tenu de payer l'impôt intégral, alors même que telle ou telle partie de cet ensemble fût devenue improductive, ainsi qu'il a été dit plus haut[5], et cela par une présomption légale d'après laquelle la

[1] *Edict. Pr. Pr.*, 24. (Comp. Ἀνέκδοτα de l'auteur, p. 274.) Le passage de cet édit porte ce qui suit : Τινῶν μὲν ἀπὸ τῶν ὁμοκήνσων ἡ ζήτησις ἐπὶ τὰ ὁμόδουλα φέρεται καὶ οὕτως ἐπάγεται τοῖς ταῦτα κεκτημένοις, τινὰ δὲ ἀρχὴν περὶ τῶν ὁμοδούλων λαμβάνει καὶ φέρεται ἐπὶ τὰ ὁμόκηνσα.

[2] Ducange pense qu'il s'agit d'ὁμόδουλοι γεωργοί, mais à tort, car la Novelle 128 par le expressément d'ὁμόδουλα χωρία. Je trouve une explication encore plus erronée dans le *Glossaire* de Reitz et Heimbach sur Harmenopule.

[3] Comp. note 2, p. 16. *Cujac. Exp. nov.*, 128, 168, mentionne déjà les *massæ*.

[4] Comp. le *Supplem. Basil.*, p. 5, de l'auteur.

[5] Comp. note 1, p. 20.

diminution de rapport des ἄπορα était compensée par l'augmentation de rapport des ἔυπορα. Lorsque l'ensemble était partagé et que les parties étaient tombées en des mains différentes, on continuait néanmoins à considérer le domaine comme formant un même tout, dans lequel les *sterilia* se compensaient avec les *opima;* les parcelles qui avaient passé entre les mains de divers propriétaires étaient toujours enchaînées entre elles pour le payement intégral de l'impôt et étaient par conséquent appelées ὁμόδουλα ou *conserva*[1]. Dans le cas où une partie, après avoir passé légalement entre les mains d'un tiers, devenait stérile ou déserte, tandis que le surplus, susceptible d'être imposé, appartenait à d'autres personnes, il s'agissait de savoir par quels propriétaires et dans quelle proportion et dans quel ordre le déficit devait être comblé, ou, en d'autres termes, à la charge de qui tombait la partie devenue déserte ou inféconde, ainsi que l'impôt qui lui incombait. A ce qu'il semble, une certaine indécision régnait, du temps de Justinien, sur cette question. Ainsi que l'indique le préfet du prétoire Démosthène (521-532)[2], les uns prétendaient qu'il fallait attribuer les parcelles infertiles à ceux qui possédaient les parcelles fertiles les plus rapprochées de celles-ci et provenant de la même origine; les autres demandaient que les *sterilia* fussent adjugés à ceux dont les *opima prædia* provenant de la même espèce s'étaient trouvés en dernier lieu unis avec eux. D'autres enfin voulaient les répartir sans distinction entre tous les possesseurs de *fertilia* de la même espèce, en proportion de leurs propriétés[3]. Quelques-uns semblent même être allés plus loin, et de même que dans le principe il s'établissait une sorte de compensation ou de solidarité non-seulement quand le possesseur de *sterilia* possédait aussi

[1] L'*Authenticum Nov.*, 133, rapporte cette expression latine. Julien emploie cette autre définition, mais moins juste : *agri ejusdem substantiæ* ou *de eodem patrimonio,* de même que le préfet Démosthène dans la Novelle 166 parle de terres ἐκ τῆς αὐτῆς περιουσίας.

[2] Nov. 166. — Comp. Ἀνέκδ., p. 249 et suiv., de l'auteur.

[3] C'est ainsi qu'il faut traduire le passage de la Novelle 166 : Τῶν μὲν τοῖς ἐκ τῆς αὐτῆς περιουσίας εὔπορα κτησαμένοις ἐγγυτέροις καὶ προσεχέσι ταύτας ἐπόγεσθαι δικαιούντων, τῶν δὲ πρὸς τὰ ἀνωτέρω καὶ παλαιοτέρας ὁμοδούλους κτήσεις ἀναβαίνειν βιαζομένων, τῶν δ' ἐφ' ἅπαντας ἅμα τοὺς πρὶν κτησαμένους ἀδιακρίτως χωρούντων.

des *fertilia*, mais encore quand, indépendamment des *steriles agri*, il avait un patrimoine suffisant[1] : de même ils semblent avoir soutenu, en ce qui concerne l'impôt afférent aux *sterilia*, la possibilité de le rejeter d'un successeur sur un autre successeur, alors même que les biens auxquels ce dernier aurait succédé n'auraient pas été soumis à l'impôt, pourvu qu'ils eussent appartenu au propriétaire primitivement inscrit sur le cadastre. Mais cette prétention exorbitante fut repoussée dès l'an 512 par un édit du préfet du prétoire *Zoticus*[2].

Ces divergences d'opinion décidèrent en dernier lieu le préfet du prétoire Démosthène à déterminer un ordre à suivre pour l'ἐπιβολὴ ἀπόρων entre les possesseurs de *fertilia prædia* d'une même origine. Cet édit, important à l'époque où il fut rendu, nous a été conservé au moins par fragments dans la Novelle 166 de la collection de Novelles de Justinien, ainsi que dans la collection spéciale des édits des préfets du prétoire[3].

L'ἐπιβολὴ ὁμοκήνσων est distincte de l'ἐπιβολὴ ὁμοδούλων dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent.

On entend par ὁμόκηνσα (*contributaria*)[4], d'après l'étymologie même du mot, les parcelles qui ont été recensées ensemble dans un seul et même cadastre; en conséquence on peut considérer les ὁμόδουλα comme étant des ὁμόκηνσα, mais tous les ὁμόκηνσα ne sont pas des ὁμόδουλα. Si donc on emploie, comme c'est ici le cas, l'expression ὁμόκηνσα par opposition à ὁμόδουλα, il convient naturellement de lui attribuer une signification plus étroite et de ne l'employer que pour désigner les fonds des différents propriétaires qui, sans être ὁμόδουλα, sont néanmoins réunis dans un même cadastre, par exemple dans un cadastre communal.

En général, on réclamait aux autorités municipales le payement de toute la cote de leur cadastre local, même dans le cas où une partie des terrains qui y étaient compris était devenue improductive; on leur enjoignait de répartir les contributions afférentes à cette partie entre les *fertiles agri* de leur territoire.

[1] Nov. 168. Comp. Ἀνέκδ. de l'auteur, p. 255, 274.

[2] Comp. note 631.

[3] *Ed. Pr. Pr.*, 1. Comp. Ἀνέκδ. de l'auteur, p. 266.

[4] C'est la traduction qu'emploie l'*Authenticum Nov.*, 133.

On alla même plus loin encore, on imposa au gouverneur de la province l'obligation de verser la cote de toute la province, et, quand certains territoires ne parvenaient pas à acquitter leurs contributions, on procéda à la répartition de leur quote-part entre tous les autres territoires. Constantin le Grand s'occupe déjà de cette manière d'agir [1]; et *Cyrillus Scythopolitanus* en raconte un exemple frappant [2].

L'ἐπιβολὴ ὁμόκηνσων est donc celle qui atteint les divers propriétaires des parcelles recensées dans un seul et même cadastre communal ou provincial, en tant qu'elle les rend responsables pour le total de la cote afférente au cadastre.

Dans le droit de Justinien les règles suivantes sont applicables pour l'une et pour l'autre espèce d'ἐπιβολή [3] :

1° On applique l'ἐπιβολή aux parcelles dont les propriétaires sont inconnus ou dans l'impossibilité de payer l'impôt et de supporter les autres charges publiques;

2° L'adjonction de ces parcelles est toujours faite à des fonds productifs qui sont imposables. Les maisons, jardins [4], et en général les choses qui ne sont pas soumises à l'impôt foncier, n'ont aucune ἐπιβολή à supporter;

3° Les parcelles adjointes passent μετὰ παντῶν τῶν... εὑρισκομένων γεωργῶν, καὶ πεκουλίων αὐτῶν, καὶ ἐνθηκῶν, καὶ καρπῶν, καὶ ζώων, καὶ παντὸς ἄλλου ἰνστρούκτου καὶ ἰνστρουμέντου τοῦ ἐκεῖσε εὑρισκομένου, dans le patrimoine de ceux dont les fonds sont soumis à l'ἐπιβολή;

4° Quand il y a doute sur la personne à qui les biens doivent être attribués, ainsi que sur les charges qui y sont afférentes,

[1] Dans la loi 1, *C. de omni agro deserto*, 11, 59.

[2] Le passage tel que le reproduit *Alemannus ad Procop.*, éd. Paris, p. 163, est ainsi conçu : Οἱ κατὰ καιρὸν (sous Anastase) τρακτευταὶ καὶ βίνδικες τῶν κατὰ Παλαιστίνην δημοσίων, ἑκατὸν χρυσίου λίτρας ἐξ ἀπόρων προσώπων καὶ δυσπράκτων ἀνυσθῆναι μὴ δυνάμενας εἰσπραττόμενοι, ἠναγκάσθησαν ἐπιρρίψαι τὴν τούτων εἴσπραξιν τοῖς κατὰ Ἱεροσόλυμα συντελεσταῖς κατ' ἀναλογίαν τῆς ἑκάστου δυνάμεως.

[3] On en trouve le détail dans la Novelle 128, C. 7, 8.

[4] *Edict. Pr. Pr.*, 24, ou Nov. 168. — Sur le sens du mot *jardin*, l. 198. D. *De verb. signif.* C'est pour ce motif que longtemps après on distinguait encore dans les titres, surtout dans les urbaires (voy. note 2, p. 15, et note 2, p. 16), les *singulæ tam terræ et possessiones quam stasiæ*, des *saleriæ* (salines), *vineæ, domus, ... tabernæ, ecclesiæ, giardeni*, etc.

les agents du fisc sont tenus, en attendant la solution de la difficulté, de déterminer par écrit l'étendue et la situation des parcelles, pour les remettre ensuite dans le même état à ceux à qui elles sont définitivement attribuées;

5° L'ἐπιβολή n'a jamais lieu qu'en vertu d'un décret du gouverneur de la province, après un débat préalable par écrit;

6° Celui à qui les ἄπορα ont été attribués peut appeler du décret du gouverneur, pendant le délai d'un an, devant le préfet du prétoire [1];

7° Celui à qui une ἄπορος κτῆσις a été attribuée n'est tenu d'en payer l'impôt foncier et les autres charges publiques que du jour de l'attribution, et n'a pas par conséquent à payer les termes arriérés [2].

Peu de temps après Justinien, il est intervenu [3], à ce qu'il paraît, un θεῖος τύπος περὶ ἐπιβολῆς, émané de l'empereur Tibère, dont malheureusement les dispositions ne nous ont pas été conservées. Ce qui démontre que cet empereur n'a en aucun cas aboli l'ἐπιβολή, c'est l'application constante qui en fut faite dans l'empire byzantin. Néanmoins, ainsi que nous le dirons plus loin, cette application n'est plus entièrement conforme aux prescriptions de l'édit du préfet Démosthène, et il est possible que ce changement remonte jusqu'au décret de l'empereur Tibère.

Nous trouvons dans les sources du droit la preuve évidente que l'institution de l'ἐπιβολή fut toujours reconnue et pratiquée dans l'empire.

Les Basiliques ont recueilli dans le livre LVI les passages les plus importants du Code relatifs à l'ἐπιβολή, la Novelle 128, c. 7, 8, et même les édits des préfets extraits des Novelles 166 et 168. De son côté, la *Synopsis* a extrait des Basiliques la Novelle 128, c. 7, 8, en la faisant précéder de l'observation que voici : Ἔστι δὲ ἐπιβολὴ ἐπίδοσις ἀπόρου κτήσεως πρὸς συγκληρονόμους ἢ συντελεστὰς καὶ ὁμοχώρους καὶ ὁμοκήνσους, — observation qui est elle-même répétée par Harmenopule [4]. Enfin l'*Epitome* admet l'existence d'une ἐπιβολή, plus restreinte, il est vrai [5].

[1] *Theod. Nov.*, 128, § 8.

[2] *Athanas.*, XX, 1, *ed. Heimb.*, p. 172. *Ed. Pr. Pr.*, 1 (Nov. 166), *in fine.*

[3] Coll. I, Nov. 14.

[4] *Harm.*, Append., tit. III, § 30.

[5] *Epitome*, XV, 35, 43. « Ἐάν τις ἔχων οὐσίαν ἐκποιήσῃ καθ' οἱονδήποτε

Si, d'après ce qui précède, il n'est pas possible de mettre en doute l'application constante de l'ἐπιβολή, il y a lieu de convenir toutefois qu'elle n'a pas toujours été mise en pratique d'une manière uniforme. L'ἐπιβολή semble bien être, au premier aspect, un moyen très-efficace d'assurer au trésor public la rentrée intégrale du montant de l'impôt foncier; mais, en l'examinant de plus près, on constate que, loin de supprimer les causes de non-valeur dans l'impôt foncier cadastral, elle était plutôt propre à surcharger la propriété foncière et à la rendre de plus en plus incapable de supporter les charges publiques. Cette conséquence désastreuse n'échappait pas aux empereurs, et c'est en partie à cela qu'il faut attribuer soit la suppression momentanée[1], soit la restriction de l'ἐπιβολή Les historiens byzantins la représentent sans cesse comme une mesure fiscale extraordinaire et insupportable, lorsque par hasard quelque prince, ignorant de l'économie politique, voulait venir en aide par ce moyen à la perception de l'impôt foncier.

C'est ainsi que Théophane[2] considère comme une κάκωσις de l'empereur Nicéphorus Généralis, la mesure par laquelle ce prince ordonna que les ὁμόχωροι devaient être tenus ἀλληλεγγύως, c'est-à-dire solidairement pour les impôts envers le fisc. Nous possédons un récit de Siméon Métaphraste[3], qui gémit

τρόπον τινι ἀγρὸν μὴ ἐπιβαλῶν αὐτῷ τὰ ἀνήκοντα τελέσματα καὶ ἀπορήσῃ ἡ λοιπὴ κτῆσις, χρὴ τὸν δοθέντα ἀγρὸν ἐπαναδραμεῖν εἰς τὰ ὁμόδουλα, κἂν διὰ μέσου πολλοὶ οἱ διάδοχοι ὤφθησαν τοῦ τὸ ἴδιον χωρίον χωρὶς δημοσίου ἐκποίησαντος. Νεαρὰ ξ'. » Si ce passage altéré se rapporte à la Novelle 166, il est clair que la restriction de l'ἐπιβολή dans les cas indiqués par l'*Epitome* ne repose que sur un malentendu.

[1] C'est ainsi qu'elle paraît être tombée en désuétude sous les iconoclastes. — Comp. *Leges rusticæ*, I, 13, 14, dans *Harm.*, éd. Heimb., p. 832.

[2] Théophane, ed. Paris., p. 441. Comp. Nov. de l'auteur, p. 61, note.

[3] *Alemannus ad Procop.*, ed. Paris., p. 163, rapporte le passage y relatif, ainsi conçu : Λιμὸς ὁμοῦ καὶ λοιμός, τὰ δύο ταῦτα κακὰ καὶ ἀναιρεῖν ὁμοίως δυνάμενα, τισὶ τῶν κειμένων ὑπὸ τῇ Ῥωμαίων ἀρχῇ χωρίων ἐνσκήψαντα, πολλοὺς μὲν οἴκους ἀνθρώπων ἐκένωσε, κώμας δὲ ὅλας καὶ συνοικίας καὶ ἀγροὺς ἐρήμους τῶν οἰκούντων εἰργάσατο. Σκεψάμενοι τοίνυν οἱ τῶν κοινῶν ἐπιμεληταὶ, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ βασιλεὺς αὐτὸς, ὅπως μὴ τὸ κείνων τοὺς δι' ἔτους ἐκείνων φόρους ζημιωθῇ, ψηφίζονται τοὺς πλησιοχώρους καὶ αὐτὰ τὰ ἐκτριβέντων τέλη καὶ οἰχομένων εἰσπράττεσθαι· καὶ τοῦτο κατὰ πάσης ἐκράτει τῆς ὑπηκόου, καὶ πᾶς ὁ ἐκ γειτόνων οἰκῶν καὶ τοὺς τῶν πλησίον παρέχειν ἠναγκάζετο φόρους, εἴτε ὑπὸ τοῦ λοίμου καὶ

sur les larges proportions que l'ἐπιβολή avait prises peu après la grande famine qui sévit sous Romanus Lacapenus ; et encore semble-t-il, d'après ce récit, que l'ἐπιβολή ait été appliquée non pas, suivant l'ancien principe, aux ὁμόδουλα et aux ὁμόκηνσα, mais, d'après une règle toute différente, aux aboutissants et aux voisins, πλησιόχωροι et γείτονες. (Comp. § 58.)

Basile Porphyrogénète suscita un mécontentement encore plus grand quand il prescrivit τὰς τῶν ἀπολωλότων ταπεινῶν συντελείας εἰσπράττεσθαι ἐκ τῶν δυνατῶν[1]. L'ancien droit voyait dans l'ἐπιβολή ὁμόκηνσων et ὁμόδουλων une adjonction des parties d'un district communal à d'autres parties de même origine, ainsi que l'adjonction des parties d'une *possessio* à d'autres parties de la même *possessio*. Basile y comprit encore l'adjonction de territoires communaux aux *possessiones* des δυνατοί ou *potentes*. Cette mesure, qu'on appelle généralement ἀλληλέγγυον[2], rencontra dès l'origine une vive opposition et fut enfin supprimée,[3] après cinquante ans d'existence, par Romanus Argyrus.

A partir de cette époque, il ne pouvait plus être question que d'un système d'adjonction d'après l'ancien droit, et même celui-ci semble être tombé de plus en plus en désuétude. Il est vrai que sous Manuel Comnène on fait encore mention τῶν ἀπὸ ταπεινῶν στίχων[4] ; mais la mention[5] qui suit, et qui parle des ὁλοπτώτων, ἢ ἀπὸ ταπεινῶν τελουμένων διαρίων, ἢ ἀπὸ ταπεινῶν κλασματισθέντων, suppose un mode de traiter les *sterilia* essentiellement différent de celui que prescrivait l'ancien droit.

Peut-être est-il permis de supposer que l'abandon de l'ancien système d'adjonction ne tint pas seulement au sentiment de son

τῆς ἐνδείας ἐκτρίβεντες ἦσαν, εἴτε τῶν οἰκιῶν ἀνάστατοι διὰ τὴν ἀνάγκην γεγενημένοι.

[1] *Zonaras*, ed. Paris., I[illegible]824. *Cedrenus*, ed. Paris, p. 706. Voy. les *Novelles* de l'auteur, p. 320, note 3.

[2] La solidarité des ὁμόχωροι sous *Nicephorus Generalis* (ἀλληλέγγυος) était d'une autre sorte, en ce sens que l'on ne doit entendre par ὁμόχωροι que les possesseurs d'ὁμόκηνσα. Voy. note 2, p. 26 ; voy. toutefois *Zonaras*, ed. Paris., II, p. 123.

[3] *Cedren.*, ed. Paris., p. 753. — *Novelles* de l'auteur, p. 321, note 1.

[4] *Novelles* de l'auteur, p. 448.

[5] *Ibidem*, p. 451

imperfection et de ses dangers, mais correspondit à une modification dans la perception de l'impôt. Constituant, dans l'origine, une attribution essentielle des fonctionnaires de l'État, la perception de l'impôt fut transmise plus tard — sans doute sous Alexis Comnène [1] — à des fermiers pour la durée d'une année. Dès ce moment, l'ἐπιβολή cessa accessoirement d'être d'un intérêt officiel pour les gouverneurs de province, et si par aventure les fermiers de l'impôt avaient prétendu exercer l'ἐπιβολή, la brièveté de leur droit de fermage n'eût pas suffi pour mener à fin la procédure régulière de l'adjonction. Dans ces circonstances, l'ἐπιβολή devait à la fin tomber tout naturellement en désuétude.

§ 58. — La Προτίμησις [2].

L'ἐπιβολή, ou le principe dont celle-ci est l'expression, que tous les possesseurs de certaines portions d'une *possessio* ou district communal devaient être réunis d'après certaines règles pour payer ensemble l'impôt foncier de la *possessio* ou du district, pouvait certainement se justifier du moment où l'on réservait à ces possesseurs, comme corollaire, le droit d'intervenir aux fins qu'aucun des possesseurs ne devînt inhabile à supporter l'impôt. Quand l'un des partageants administrait mal sa part et portion, au point de faire redouter sa ruine et celle de son fonds, n'était-ce pas le cas d'admettre une espèce de *cura* de la part des autres possesseurs menacés de l'ἐπιβολή [3]? Et si on avait considéré une semblable faculté comme constituant un empiétement trop considérable sur le domaine des droits personnels et réels, n'aurait-on pas tout au moins dû reconnaître au voisin menacé la faculté d'intervenir lorsque le possesseur d'une part voudrait vendre cette part à un tiers, et ce afin de sauvegarder ses intérêts?

C'est en effet ce qui eut lieu. Depuis le temps de Constantin

[1] Comp. les Novelles de l'auteur, p. 393.

L'expression προτίμησις désigne à vrai dire le retrait conventionnel; on l'emploie aussi pour désigner le droit de préférence des πένητες vis-à-vis des δυνατοί pour l'acquisition des biens fonciers (§ 62). Dans le présent chapitre, il n'est question que de la προτίμησις dans le sens étroit du mot et comme droit de proximité.

[3] Comp. note 3, p. 2.

le Grand — c'est-à-dire précisément à l'époque de l'établissement de l'ἐπιβολή — *proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emtione removerent*[1]. Mais nous ne possédons aucun détail précis sur ce droit de voisinage[2], pas plus que sur les règles de l'ἐπιβολή au moment où elle prit naissance. En l'an 391, ce droit était déjà supprimé, comme constituant une restriction non justifiée de la libre disposition des biens[3]. Mais bientôt après nous voyons surgir l'idée primitive d'après laquelle, lors des ventes, une sorte de préférence était due à ceux qui étaient solidaires de l'impôt foncier; ce ne fut toutefois que sous une forme quelque peu modifiée, et seulement en ce qui concernait les ὁμόκηνσα dans le sens le plus étroit du mot. En effet, en l'an 415, les empereurs Honorius et Théodose ordonnèrent que personne, à l'exception des *convicani*, ne pourrait acquérir de propriétés foncières dans les *métrocomies*[4]. Les empereurs Léon et Anthemius, en l'an 468, décidèrent, d'une manière encore plus précise et plus générale, qu'aucun *extraneus* ne pourrait acquérir de propriété foncière dans les *métrocomies*, et que le *vicanus*, qui aurait l'intention d'aliéner la sienne, ne pourrait le faire qu'au profit d'un des habitants de la *métrocomie* inscrit dans le cadastre[5].

Ces règles ont été maintenues dans le droit de Justinien, dont

[1] *Gothofred. ad l.* 6, *C. th.*, 3, 1. Cet auteur ne s'explique que confusément sur l'origine et les caractères principaux de ce droit de proximité.

[2] Faut-il entendre par le terme *proximi* les proches parents ou les aboutissants et voisins? Les *consortes* sont-ils à mettre sur la même ligne que les possesseurs des ὁμόκηνσα? — Les Byzantins traduisent par les mots συγγενεῖς καὶ κοινωνοί. Comp. les Novelles de l'auteur, p. 238, note 6, 7. — En ce qui concerne les *consortes*, comp. en outre Cod. Theod., II, 5, 1; VII, 13, 7; XI, 13, 1; 22, 2; 24, 1.

[3] L. 6. *C. Th. de contrah. emtione*, 3, 1, ou loi 14. *C. Just.*, eod., 4, 38. On le désigne ici comme une *injuria quæ inani honestatis colore velatur*. Peut-être n'avait-on fait momentanément aucune application de l'ἐπιβολή, si bien que pour justifier le droit de voisinage on fut dans la nécessité d'invoquer les considérations et les arguments relatifs aux *proximis consortibusque*.

[4] L. 6, § 1, *C. Th. de patrociniis*, 11, 24. La fin indique particulièrement la corrélation qui existe entre cette prescription et le payement de l'impôt.

[5] L. *un.*, *C. Non licere habitatoribus metrocomiæ loca sua ad extraneum transferre*, 11, 56.

les dispositions ont passé sans changement dans les Basiliques [1].

Mais peu de temps après, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut [2], l'ἐπιβολή fut pratiquée sous une forme nouvelle, et cela devait nécessairement conduire à une transformation semblable du droit de voisinage. De là la célèbre Novelle de l'an 922, περὶ Προτιμήσεως, qui fut édictée par l'empereur *Romanus Lacapenus* [3] et servit de règle pour tous les temps qui ont suivi.

Bien que cette Novelle déclare catégoriquement qu'elle doit son origine à la τῶν ὑποτελῶν ἅμα καὶ τῶν δημοσίων φόρων πρόνοια, en d'autres termes qu'elle fait corps avec la législation sur l'impôt, cette corrélation et cette connexité ont été déniées, ou tout au moins imparfaitement reconnues, soit par les écrivains byzantins postérieurs [4], soit par ses interprètes modernes [5], et c'est pour ce motif qu'ils n'ont pas su donner une explication satisfaisante de cette Novelle.

L'ἐπιβολή était imposée, à cette époque, aux πλησιόχωροι et aux γείτονες, et c'est pour cela qu'en cas d'aliénation on reconnaissait une προτίμησις aux voisins et aux limitrophes. Une Novelle de l'empereur Léon le Sage [6], de l'authenticité de laquelle il y a lieu toutefois de douter, porte que chacun peut librement vendre sa propriété foncière à un tiers, mais que les γειτνιῶντες ou les πλησιάζοντες ont la faculté de reprendre à l'acquéreur l'immeuble vendu, dans les six mois, à charge de lui restituer le prix d'acquisition. Cette idée est exprimée d'une

[1] *Basil.*, XIV, 5 (20), éd. Heimb., II, p. 280; et I.V, 5, 1, éd. Heimb., V, p. 146.

[2] Comp. § 57 et note 3, p. 26.

[3] Coll. III, Nov. 2. La note 1 fait connaître les citations fréquentes dont elle fut l'objet dans les livres de droit byzantins.

[4] Particulièrement par l'auteur inconnu du petit commentaire de la Novelle de Romanus dont M. Zachariæ a donné le texte dans ses Novelles, p. 234 et suiv.

[5] A savoir *Cujacius op.*, ed. Neap., II, p. 342. — *J. Gothofredus, ad l.* 6, C. Theod., 3, 1. — *D. Gothofredus in notis ad legem* 14, C. Just., 4, 38. — Reitz, *ad Harm.*, 3, 103 et suiv. — Καλλιγᾶς, Ῥωμ. Δίκ., III, p. 266. — Παπαῤῥηγόπουλος, Ἐνοχικὸν Δίκ., II, p. 26.

[6] Coll. II, Nov. 114. Tout le style de la Novelle fait douter de son authenticité.

manière encore plus nette et plus précise dans la Novelle de Romanus, en ce que le rang suivant lequel les voisins paraissent avoir été appelé à l'ἐπιβολή y est également suivi en ce qui concerne l'exercice de leur droit de προτίμησις.

La Novelle accorde notamment, en cas d'aliénation d'un ἀκίνητον, un droit réel de préemption ou de préférence :

A. A ceux qui sont ἀναμὶξ συγκείμενοι ou οὕτως (c'est-à-dire ἀναμὶξ) συμπεπλεγμένοι ou ἀναμεμιγμένοι. Il faut considérer comme étant compris dans de semblables rapports [1] :

1° Les ὡς ἀπὸ συγγενείας διαιρέτως ἢ ἀδιαιρέτως... ἐπίκοινον... ἀκίνητον ἔχοντες. — Par les mots ὡς ἀπὸ συγγενείας on ne doit entendre que l'acquisition opérée au moyen d'une succession légitime (y compris la succession testamentaire). Lorsqu'il existe plusieurs héritiers de cette catégorie, chacun d'eux reçoit une part *pro indiviso* (ἀδιαιρέτως) dans chaque ἀκίνητον de la masse héréditaire, en proportion avec son droit successoral, et par conséquent l'ἀκινήτον devient par le fait ἐπίκοινον. Cette propriété indivise prend fin à la vérité lorsque la succession est partagée et que des *partes certæ* de l'ἀκίνητον sont attribuées aux ayants droit (διαιρέτως); mais la Novelle admet par fiction dans ce cas une prolongation de l'indivision pour le droit de voisinage [2]. Il est à supposer que la même fiction était admise pour l'ἐπιβολή, de même que pour l'ancienne ἐπιβολὴ ὁμοδούλων on admettait aussi la continuation de la connexité des parcelles provenant *ex eadem substantia*.

2° Il faut considérer comme ἀναμὶξ συμπεπλεγμένοι les ὡς ἐκ κοινῆς ἀγορασίας ἢ ἄλλης τοιουτοτρόπου κτήσεως... ἀκίνητον ἔχοντες — tels que les associés qui possèdent en commun une chose immobilière. La Novelle ne dit pas d'une manière bien

[1] Le commentaire se sert de l'expression ἀναμιγή (note 4, p. 30). A cette occasion, on y rapporte qu'à cette époque quelques jurisconsultes auraient voulu considérer l'ἀναμιγὴ comme une ἀναμιγὴ τοῦ αἵματος, prétention aussi ridicule que la raison invoquée par l'auteur du commentaire. Dans la coll. III, Nov. 20, on semble comprendre dans l'expression προτίμησις ἐξ ἀνακοινώσεως toute la classe des ἀναμεμιγμένοι.

[2] Les mots διαιρέτως ἢ ἀδιαιρέτως ont fortement embarrassé les commentateurs byzantins. C'est pour ce motif que Harmenopule, III, 3, 103, les a supprimés. Le commentaire byzantin précité ne les connaît pas davantage.

expresse que dans ce cas il y a lieu d'admettre l'indivisibilité non-seulement tant qu'ils possèdent la chose *pro indiviso*, mais encore après qu'ils l'auront partagée et qu'ils la posséderont par conséquent *pro diviso*.

3° Enfin la Novelle considère les ἄλλως καὶ οὐχ ὡς ἐξ ἐπικοίνου τοῖς ἐγγίζουσι κτήμασι κατά τι μέρος ἀναμεμιγμένοι[1] comme étant ἀναμεμιγμένοι, εἰ καὶ ξένοι πάντη τῷ ἐκχωροῦντι τυγχάνοιεν. Un interprète byzantin[2] propose l'espèce suivante : Quelqu'un veut vendre sa propriété foncière ; deux *socii* en achètent deux parties *pro indiviso* ; une troisième personne achète la troisième partie également ἀδιαιρέτως. — Si l'un des deux *socii* veut vendre son lot, c'est l'autre *socius* qui a la préférence ; mais si celui-ci ne consent pas à en faire l'acquisition, c'est le troisième acquéreur qui sera préféré à un tiers quelconque. Telle est aussi l'opinion de Cujas, qui fait ici mention de ceux *qui rem communem habent citra societatem*. Quoi qu'il en soit, les mots οὐχ ὡς ἐξ ἐπικοίνου combattent formellement cette interprétation. D. Gothofredus est d'avis qu'il faut comprendre parmi les personnes ci-dessus dénommées celles *qui ont leurs terres enclavées dedans et parmy celle qui se vend*. Cette explication est peut-être bien la plus exacte. La Novelle ne parle pas ici, comme dans les deux cas précédents, de l'aliénation d'une maison, d'un champ ou d'un vignoble isolé, mais de celle de κτήματα entiers, et entend désigner le voisin qui, eu égard à ces propriétés foncières, n'est ni l'héritier ni l'associé du vendeur, mais dont la possession est en partie (κατά τι μέρος) comprise dans l'ensemble des κτήματα à vendre, ou enclavée dans ceux-ci. La Novelle suppose en quelque sorte que les deux parcelles avoisinantes forment un seul tout, et rappelle dans cette disposition l'ancienne ἐπιβολή des immeubles *ex eadem substantia*. N'oublions pas toutefois que non-seulement la Novelle ne restreint pas cette prescription aux ὁμόδουλα, mais qu'elle la généralise,

[1] La traduction qui a été faite de la Novelle par l'empereur Frédéric les appelle simplement *conjuncti*.— Παπαῤῥηγόπουλος, qui, il est vrai, n'a sous les yeux que le texte tronqué et interpolé de Harmenopule, III, 3, 103 et suiv., nie à tort qu'il soit ici question d'une espèce particulière de προτιμητέοι. Au surplus, Psellus, v. 1369, ne fait déjà qu'un degré de la προτίμησις pour les numéros 2 et 3.

[2] Comp. note 4, p. 30.

si bien qu'elle est applicable aussi bien aux fonds de terre ou possessions situées dans un territoire communal.

Indépendamment des ἀναμεμιγμένοι, la Novelle accorde un droit de voisinage :

B. Aux συμπαρακείμενοι, c'est-à-dire aux aboutissants et avoisinants, qui ne se trouvent pas dans la situation spéciale de l'ἀναμιγή. La Novelle distingue de nouveau ceux-là en deux classes :

La première classe est celle des ὁμοτελεῖς. Évidemment la Novelle se rattache ici à l'ἐπιβολὴ ὁμοκήνσων. Mais autrefois tous les ὁμόκηνσα étaient soumis à l'ἐπιβολή suivant leur étendue et leur valeur imposable, tandis qu'au temps de l'empereur Romanus on paraît n'y avoir soumis que les ὁμόκηνσα voisins des ἄπορα, et par conséquent on ne peut reconnaître un droit de voisinage qu'aux ὁμοτελεῖς limitrophes. La Novelle dit au surplus : Ὁμοτελεῖς δέ φαμεν τοὺς ὑπὸ τὸν αὐτὸν ὑποτεταγμένον ἀναγραφομένους, κἂν ἐν διαφόροις τόποις τὰ ἴδια τελέσματα καταβάλλωνται [1]. Leunclavius et D. Gothofredus considèrent l'ὑποτεταγμένος comme synonyme de *censitor*, quand ils traduisent : *qui sub eodem censitore descripti sunt*. Καλλιγᾶς et Παπαῤῥηγόπουλος prennent l'ὑποτεταγμένος pour la désignation de l'unité de l'impôt foncier, du *caput*, et comprennent par conséquent sous le mot ὁμοτελεῖς ceux dont les immeubles sont compris ensemble dans les rôles de l'impôt pour un *caput*. Ces deux explications sont également erronées : la première, parce que le *censitor* recense, il est vrai, mais que personne n'est recensé sous lui; la seconde, parce que la langue ne permet pas de tenir le mot τὸν ὑποτεταγμένον pour le synonyme de ζυγόν [2].

La véritable explication nous est donnée incontestablement par le commentateur byzantin de la Novelle [3], lorsqu'il définit

[1] *Psellus*, v. 1373 et suiv., explique ainsi cette définition : Οὐ τῆς αὐτῆς ὑποταγῆς τυχόντες, καὶ διαφόρων ἔχωσι τελέσματα τοπίων. — *Cujas* se contente du terme général *qui communi censu vinculo tenentur*, ce qui s'applique aussi à la rigueur à tous les sujets de l'empire.

[2] Il résulte clairement de la deuxième *Sententia Cosmæ magistri* dans Leuncl., J. G. R, p. 167, et de la Πεῖρα, XV, 10; XXXVII, 2, que les expressions ὑποτεταγμένος et ὑποταγή ont une autre signification.

[3] Comp. note 4, p. 30, et les Novelles de l'auteur, 236.

les ὁμοτελεῖς comme étant ceux qui τελοῦσιν ὑφ' ἕνα δεσπότην, οἷον ὑπὸ μίαν ἀρχιεπισκοπήν. Le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον [1] les désigne de même comme étant οἱ ὑφ' ἕνα δεσπότην ὑπάρχοντες καὶ τῷ αὐτῷ καὶ ἑνὶ τοὺς φόρους καὶ τὰ τέλη καταβαλλόμενοι καὶ ἀποδιδόντες, et Harmenopule [2] les dépeint comme γείτονες, ὅπου δίδουν τὰς δεκατίας καὶ τὰ δοσίματα εἰς ἕνα αὐθέντην [3]. Ce sont par conséquent les paysans qui, bien que propriétaires de leurs immeubles, se trouvent placés sous le patronage d'un personnage puissant [4], à qui ils payent leur redevance, pendant que celui-ci paye pour eux l'impôt foncier, si bien que les contribuables figurent sous son nom dans les cadastres. Cette classe de propriétaires fonciers est appelée par la Novelle du nom d'ὁμοτελεῖς dans le sens étroit du mot. Mais elle ne restreint pas seulement la προτίμησις à cette classe d'ὁμοτελεῖς, elle y range aussi ἀλλὰ καὶ ἐπὶ τῆς ὁμάδος τῶν καλουμένων χωρίων ἢ ἀγριδίων πολλῷ μᾶλλον κρατείτω, ἵνα καὶ οἱ κτήτορες αὐτῶν πρὸς ἀλλήλους ἔχωσι τὴν προτίμησιν. Ces ὁμάδες ne sont autre chose que les communes indépendantes quant à l'impôt, les ἀνακοινώσεις χωρίων ou κοινότητες χωρίων [5], les anciens ὁμόκηνσα [6]. Ils sont ὁμοτελεῖς au même titre que ceux qui sont définis plus haut, et jouissent entre eux du même droit de προτίμησις.

La seconde classe de συμπαρακείμενοι, à qui la προτίμησις compète à ce titre, se compose des ἁπλῶς πλησιάζοντες ou ἁπλῶς ἔν τινι μέρει συναπτῶς ἡνωμένοι, les aboutissants et tenants qui n'ont pas en outre une des qualifications spéciales mentionnées plus haut. On les appelle aussi tout simplement πλησιασταί [7].

[1] Μικρόν, N., C. 42.

[2] Comp. *Delineatio* de l'auteur, p. 93 et suiv. Dans l'édition de 1820 le passage cité se trouve à la page 148.

[3] C'est pourquoi la *Constitutio Frederici de jure* προτιμήσεως traduit par ces mots : *qui sunt sub uno servitio.*

[4] Comp. plus loin § 59 (note 3, p. 42 et suiv.), § 60, § 61 (note 2, p. 58 et suiv.), § 62, *in fine.*

[5] Comp., par exemple, les rubriques de Coll. III, Nov. 5, 6 ; et p. 284, 315, ces Novelles de l'auteur. Πεῖρα, XV, 10.

[6] Dans l'ancienne rubrique de la Novelle on les désigne de la même manière. C'est à elle que se rapporte aussi de préférence la προτίμησις ἐξ ὁμοτελείας dans Coll. III, Nov. 20. Dans la Coll. III, Nov. 5, C. 2, on les appelle συντελοῦντες.

[7] Μικρόν, N., C. 42. — D'après Coll. III, Nov. 5, c. 1, ce sont οἰκήτορες

Ainsi donc, il existe cinq classes[1] qui sont appelées à la προτίμησις, dans l'ordre que voici :

I. Οἱ ἀναμὶξ συγκείμενοι συγγενεῖς ;

II. Οἱ οὕτως συμπεπλεγμένοι κοινωνοί ;

III. Οἱ μόνον ἀναμεμιγμένοι ;

IV. Οἱ συμπαρακείμενοι ὁμοτελεῖς ;

V. Οἱ ἁπλῶς πλησιάζοντες.

Il nous reste encore à exposer les règles particulières que la Novelle de l'empereur *Romanus* établit relativement à la προτίμησις, et nous aurons occasion de mentionner ultérieurement les diverses modifications, extensions ou restrictions qui y furent apportées dans la suite.

1° La προτίμησις a lieu toutes les fois qu'une chose immobilière est aliénée. A titre d'exemple, on cite les champs, les vignobles, et en particulier les maisons. Dans la Πεῖρα[2] il est aussi question, à propos de maisons, d'ἀνακοίνωσις ἢ πλησιασμὸς ἢ ἄλλο τι, ὅπερ προσποιεῖ τὴν προτίμησιν. D'après le droit de Justinien, les maisons et jardins n'étaient pas soumis à l'impôt foncier, et par suite l'ἐπιβολή ne pouvait s'exercer à leur égard[3]. Aussi, et en tant que la προτίμησις se rattache dans une certaine mesure à l'ἐπιβολή comme terme corrélatif, faut-il admettre que dans l'intervalle les maisons et les jardins avaient été également soumis à une imposition[4], et que de cette manière l'ἐπιβολή s'exerçait aussi à leur égard.

2° La προτίμησις a lieu lorsqu'un immeuble est aliéné κατὰ πρᾶσιν, ἢ ἐμφύτευσιν, ἢ μίσθωσιν. (Il faut entendre par μίσθωσις non un bail de durée ordinaire, mais un louage de longue durée se rapprochant de l'emphytéose, une ἔκδοσις dans laquelle on peut voir une sorte d'aliénation.) Pour l'aliénation d'un immeuble

τῶν ὁμορούντων ἀγρῶν ἢ χωρίων, tandis que les προτιμώμενοι précédents sont à vrai dire οἰκήτορες τῶν αὐτῶν ἀγρῶν ἢ χωρίων. Dans la Coll. III, Nov. 6, c. 3, on ne considère comme ὁμοροῦντας ἀγροὺς ἢ χωρία que τὰ ὑπὸ τὴν αὐτὴν μητροκωμίαν χωρία ἤτοι ὑπὸ τὴν αὐτὴν κομητούραν.

[1] Le commentateur byzantin de la Novelle de *Romanus* distingue aussi ces cinq classes (ἑ βαθμούς).

[2] Πεῖρα, V, 10; L, 1, 2, 3.

[3] Comp. § 57, note 4, p. 24.

[4] D'après le récit de *Zonaras* (ed. Paris., II, p. 123), il est évident que cet impôt était le καπνικόν. (Comp. la dissertation de M. Zachariæ citée note 2, p. 12).

affecté à la *constitution de dot* ou à la *donatio propter nuptias*, ou à la *simplex donatio*, ou à la *mortis causa donatio*[1], ou à un legs, un échange, ou une transaction, la προτίμησις n'a pas lieu, bien entendu à la condition que ces opérations ne serviront pas à la dissimulation d'une πρᾶσις ou d'une μίσθωσις, cas auquel les προτιμώμενοι peuvent, au besoin, déférer le serment.

Lorsqu'il est établi que l'opération est simulée, il en résulte des conséquences particulières. D'après une Novelle de Manuel Comnène, de l'an 1166[2], les mêmes règles sont applicables dans le cas où quelqu'un a donné un immeuble à titre d'antichrèse, ou lorsqu'en vendant son immeuble, il s'est réservé une petite bande de terrain attenant à la parcelle du voisin, dans le but de priver celui-ci de la προτίμησις. Harmenopule[3] rapporte, du reste, que de son temps la προτίμησις n'était plus usitée en cas d'emphytéose et de bail.

3° On est tenu de donner avis de la vente au προτιμώμενος ou à son représentant. Mais la Novelle ne dit pas bien de la part de qui et en quelle forme cet avis doit être donné[4]. Harmenopule[5] parle d'une προφώνησις devant témoins par l'acheteur et d'une προφώνησις par sentence judiciaire.

4° A partir du jour de la dénonciation, le προτιμώμενος jouit d'un délai de trente jours pour payer le prix[6] et reprendre à son compte l'immeuble vendu. Si le προτιμώμενος a une raison légitime d'absence, ou s'il est mineur, ses curateurs ont un délai de quatre mois et peuvent, dans le cas où ils craignent d'assumer sur eux quelque responsabilité, faire décider par sen-

[1] Comp. Πεῖρα, II, 6; XXXVIII, 11.

[2] Coll. IV, Nov. 66, c. 6.

[3] *Harm.*, III, 3, 112, *in fine*.

[4] La Novelle semble exiger une προφώνησις διὰ μαρτυρίας. Néanmoins sur ce point il existe plusieurs interprétations. Dans Πεῖρα, L, 1, il est question d'une προφώνησις à faire par le vendeur.

[5] Scolie dans l'edit. Heimb., p. 474. Harmenopule invoque le passage de la Πεῖρα qui se trouvait sans doute compris dans le titre περὶ Προτιμήσεων dont il ne reste plus que quelques fragments. Comp. Πεῖρα, V, 10.

[6] Τὸ ἄξιον τίμημα (il peut donc demander une estimation par experts) ἢ ὅπερ ἀῤῥαδιουργήτως ὁ ἀληθὴς δίδωσιν ἀγοραστής (il n'est donc pas tenu à l'accomplissement de stipulations accessoires et de pure chicane, et il bénéficie des termes qui ont été octroyés à l'acheteur).

tence écrite du juge, s'ils doivent ou non faire usage de la προτίμησις[1]. Dans le chapitre II de la Novelle il est question d'un délai de dix ans, pendant la durée desquels peuvent être révoquées les acquisitions d'immeubles des δυνατοί. Ce délai a été étendu par erreur à la προτίμησις proprement dite, et c'est ce qui a trompé les jurisconsultes byzantins dans les explications qu'ils ont données de la durée des délais[2].

5° Est déchu de la προτίμησις celui qui, dans le délai de trente jours ou de quatre mois, suivant le cas, n'a pas payé le prix, ou qui, avant l'expiration de ces délais, a déclaré y renoncer[3], ou qui a volontairement commis un crime soit sur la personne, soit contre la propriété du vendeur.

6° Tant qu'il existe un προτιμώμενος d'une classe et que son droit n'est pas périmé, celui qui est appelé dans la classe subséquente reste exclu de la προτίμησις. Mais lorsque le premier renonce à son privilége ou lorsqu'il en est déchu, il faut que le προτιμώμενος de la classe subséquente en soit averti.

7° Lorsque plusieurs personnes d'une seule et même classe sont appelées à la προτίμησις, la dénonciation doit être faite à chacune d'elles. Lorsque toutes ces personnes font usage de la προτίμησις, elles se trouvent dans l'obligation de s'entendre entre elles pour la mesure dans laquelle elles y participeront, sinon ce sont les autorités qui interviennent pour trancher la difficulté. La Novelle[4] ne s'explique pas sur la manière dont on procède lorsque quelques-uns des appelés ont l'intention de faire usage de la προτίμησις et que d'autres, au contraire, y renoncent. Il paraît qu'il est intervenu dans la suite une loi ou une jurisprudence dont la Πεῖρα renferme quelques traces[5].

[1] Lorsque le vendeur est un δυνατός et le προτιμώμενος un πένης, on accorde généralement à ce dernier un délai de quatre mois pour se procurer les fonds. Coll. III, Nov. 6, c. 3, *in fine*. La Πεῖρα, XXXVIII, 13, accorde aussi un délai de pareille durée à un couvent.

[2] Comp. Πεῖρα, L, 1 ; scolie dans les Novelles de l'auteur, p. 221, note 7 ; Μικρόν, II, sc. ιδ' ; Harm., 3, 111, 112, et sc. dans éd. Heimb., p. 374.

[3] Le commentateur byzantin dit : Εἰ κληθεὶς .... εἰς τὴν ἀγορὰν παραιτήσηται ἐνώπιον ἀξιολόγων μαρτύρων.

[4] Elle ne donne que quelques indications obscures en disant : Ὅσοι δὲ μὴ ἐμπροθέσμως — πρὸς ἀναλογοῦν συνεισέρχονται.

[5] Πεῖρα, L, 2, 3.

8° D'après les dispositions de la Novelle, il peut arriver que le vendeur soit un δυνατός et le προτιμώμενος un πένης, et réciproquement. Dans ce cas la προτίμησις a été supprimée par Nicéphorus Phocas[1]; à l'avenir, le droit de préférence ne compète plus qu'à un δυνατός à l'égard d'un δυνατός et à un πένης à l'égard d'un πένης.

Plus tard, sans doute après que l'ἐπιβολή eut été en partie supprimée par Romanus Argyrus, et fut en partie tombée en désuétude[2], la corrélation de la προτίμησις avec la procédure d'attribution de l'impôt ne fut plus comprise. On s'imagina qu'on pouvait simplement prendre pour base de la προτίμησις les cas de συγγένεια, κοίνωνια et πλησιασμός. Nous trouvons par exemple l'origine de cette transformation et l'histoire de la législation de la προτίμησις dans le commentaire byzantin de la Novelle, dans le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον et dans quelques autres documents. C'est sous cette nouvelle forme et avec cette nouvelle signification que la προτίμησις s'est maintenue dans tout l'empire byzantin, depuis le moyen âge[3] jusqu'aux temps les plus récents[4].

§ 59. — Situation des paysans sous Justinien.

Depuis la fin du troisième siècle il s'établit peu à peu un principe général suivant lequel, à l'exception des classes éle-

[1] Coll. III, Nov. 20, c. 1. C'est cette Novelle que *Mich. Psellus* et *Mich. Attalensis* ont interpolée dans leurs extraits de la Novelle de *Romanus*. *Psellus*, v. 1365, considère en conséquence la προτίμησις comme une institution intéressant uniquement les χωρίται; *Mich. Attalensis* (App. I, § 10) la restreint au cas ἀπ' ἴσου προσώπου πρὸς ἴσον τῆς πράσεως γενομένης. — La Coll. III, Nov. 6, c. 3, décide encore qu'un χωρίτης peut exercer la προτίμησις à l'égard d'un δυνατός.

[2] Comp. § 57, note 3, p. 27 et suiv.

[3] Comp., par exemple, Θέμις, VII, p. 255.

[4] Comp. Καλλιγᾶς et Παπαῤῥηγόπουλος cités plus haut (note 5, p. 30), pour ce qui concerne l'application de la προτίμησις en Grèce. Le Code valaque en parle dans Τμ. γ', κεφ. β', § 7 et suiv.; le Code moldave dans les paragraphes 1432-1436. — Remarquons en terminant que les jurisconsultes byzantins ont considéré comme modifiées, par suite de l'établissement de la προτίμησις, certaines dispositions du droit de Justinien relatives à l'invalidité de certaines conventions.

vées[1], nul ne pouvait quitter ni le pays ni la profession dans lesquels il était né.

L'établissement et l'application de ce principe était une conséquence de l'émigration générale devant l'impôt, amenée par le poids toujours de plus en plus insupportable des impôts et des charges publiques (§ 56).

Par ce moyen on espérait d'un côté empêcher la disparition complète des contribuables et conserver les sources de leurs facultés imposables; d'un autre côté l'établissement de cette règle fut considéré comme un devoir de justice. Les sénats des villes et les propriétaires fonciers étaient soumis à l'obligation de prélever la *capitatio*, les uns dans leurs ressorts communaux, les autres dans leurs possessions, sous leur propre responsabilité, et de verser le total de l'imposition entre les mains des agents du fisc[2]. Pour pouvoir leur imposer cette responsabilité, il fallait aussi leur faciliter les moyens de recueillir réellement et effectivement l'impôt de ceux qui le devaient. Dans ce but furent promulguées une foule de prescriptions de toutes sortes; nous en avons mentionné quelques-unes lorsque nous avons parlé de l'ἐπιβολή (§ 57), celle, par exemple, d'après laquelle aucun propriétaire foncier ne pouvait aliéner les *servi rustici* ni l'inventaire de ses biens[3], et celle d'après laquelle le propriétaire qui a lui-même amené la stérilité de son fonds était tenu d'en acquitter l'impôt tout entier[4].

Mais lorsque par suite de l'accroissement des charges on vit des paysans libres abandonner leurs propriétés, des fermiers leurs fermes, des plébéiens les villes et des colons[5] leurs habitations, on fut obligé de faire encore un pas en avant et de donner aux curies et aux possesseurs le droit de retenir leurs contribuables et de faire réintégrer les *profugi* dans leur domicile.

C'est ainsi qu'on transforma insensiblement le droit de domi-

[1] L. 15, C. *De dignitat.*, 12, 1.

[2] Comp. note 1, p. 16.

[3] *Cod. Hermog.*, tit. XVI. — *Cod. Theod.*, II, 30, 1; XI, 3, 2; XIII, 10, 3, *passim*.

[4] L. 4, § 1, D. *De censibus*, 50, 15; l. 2, C. *eod.* 11, 58.

[5] *Casarii*, ainsi qu'on les désigne dans le *C. Theod.*, XI, 42, 7.

cile dans un lieu en une obligation de séjour[1] et qu'on érigea en même temps en principe cette idée générale que chacun était à tout jamais enchaîné à sa *conditio*[2].

Il est vrai que des changements furent apportés plus tard à cet état de choses, changements qui auraient dû en provoquer la suppression. En effet, d'une part, on réduisit peu à peu cette partie de la *capitatio* qui était un impôt personnel; on la supprima même complétement[3], si bien que les classes inférieures de la société eurent moins à souffrir du poids des impôts; d'autre part, la responsabilité des curies pour le recouvrement des contributions afférentes à d'autres possesseurs de biens fonciers fut abolie[4], et on fit remise aux propriétaires du payement de l'impôt pour les *profugi*[5]. Néanmoins on maintint particulièrement pour les *rustici* la règle ci-dessus mentionnée, soit dans l'intérêt des propriétaires fonciers, soit dans l'intérêt prétendu de la culture des terres[6].

Le principe d'après lequel la population agricole était attachée à perpétuité à son état et à la terre à laquelle elle appartenait par sa naissance ou par la prescription et sur laquelle elle était recensée, ce principe, disons-nous, était encore debout du temps de Justinien et recevait son application non-seulement à l'égard des colons placés sous la dépendance d'un propriétaire foncier, mais en général à l'égard de tous les *rustici*[7].

La législation de Justinien renferme en outre d'autres dispositions[8] spéciales aux paysans, dont une partie remonte à

[1] L'origine de cette manière de voir, suivant laquelle ce droit et cette obligation étaient connexes, est déjà ancienne. L. 112, pr. D. *De legatis;* l. 2, D. *De nundinis*, 50, 11.

[2] Ce principe s'appliquait tant aux habitants des curies qu'aux *corporati* et *collegiati* et surtout aux *rustici*. *Cod. Theod.*, X, 19, 7, 15; X, 20, 22; XI, 1, 26, 24, 6, § 3; XII, 1, 5, *passim*.

[3] L. 1, C. *De capitat. civ. cens. exim.*, 11, 49, l. *un.*, C. *De col. Thracens.*, 11, 52.

[4] *C. Theod.*, XII, 1, 186.

[5] *Ibid.*, XI, 1, 7.

[6] Nov. 80, c. 2, *in fine*. Coll. I, Nov. 13 : *Ut... operibus suis consuetos reditus... subministrent.*

[7] L. 1, C. *De agric.*, 11, 48.

[8] Mais il ne faut pas y comprendre les prescriptions sur le *testamentum ruri conditum*, l'excusabilité d'une erreur de droit, etc. Ces prescriptions

une époque antérieure et l'autre partie est l'œuvre de Justinien lui-même. Il est défendu d'imposer aux *agricolæ* pendant le temps des semailles et des moissons des *extraordinaria munera*. — Il est défendu de recevoir de leur part un gage *quod ad culturam agri pertinet*[1]. — De même il est défendu au créancier d'un cultivateur de se faire donner en gage ses bœufs, ses moutons, ses esclaves et autres choses semblables. — Le paysan ne doit pas payer à son créancier un intérêt annuel supérieur à un κεράτιον par νόμισμα, c'est-à-dire 4 et demi pour 100, ni plus de la huitième partie des récoltes, c'est-à-dire 12 et demi pour 100[2]. Toutefois la loi générale que Justinien avait promis d'édicter sur l'état de la classe des paysans (Nov. 162, epil.) n'a jamais été promulguée[3].

Abstraction faite de cette législation générale relative aux paysans, les *rustici* du temps de Justinien vivaient sous un régime politique et juridique très-varié. On peut les diviser, sous ce rapport, en plusieurs classes.

Tout d'abord on distingue les paysans libres de ceux qui sont placés sous la dépendance d'autrui.

Il y avait des *paysans libres* soit dans les territoires de l'État, soit dans les villages indépendants, régis par des *præpositi* ou *præfecti* spéciaux, ou par leurs *primates*. Ces villages s'appelaient μητροκωμίαι, κωρητοῦραι, χωρία ἐλευθερικά[4]. Les paysans libres avaient pleine propriété dans le territoire de la commune, et payaient leurs impôts soit par l'intermédiaire des autorités communales, soit directement entre les mains des agents du fisc.

s'appliquaient en partie à tous les habitants de la campagne, en partie aussi aux habitants des villes à qui on reconnaissait le caractère de *rusticitas*.

[1] L. 8, C. *quæ res pignori*, 8, 16.

[2] Nov. 32-34.

[3] Athanase, qui écrivait après la mort de Justinien, se contente de faire mention de la promesse. *Epit. Nov.*, XVIII, 4, *in fine*. D'où il résulte qu'on ne saurait admettre que le νόμος γεωργικός (§ 60) dérive d'une semblable loi de Justinien.

[4] Coll. 1, Nov. 12, c. 4. — Les *métrocomies*, qu'on désigne aussi plus tard sous le nom de κεφαλοχωρία, sont des villages desquels dépendent encore d'autres *vici*.

La législation justinienne admet différentes espèces de *paysans qui sont placés sous la dépendance d'autrui.*

Il y a en premier lieu ceux qui sont préposés à la culture des domaines de l'État ou des biens propres de l'empereur ; les titres LXII et suivants du livre XI du Code s'occupent du régime sous lequel ils vivaient.

Il est une autre espèce de paysans qui, ainsi que le dit une Novelle de l'empereur Tibère, habitent dans χωρία ἐξακτωρικὰ, ἢ βουλευτικὰ, ἢ ἑτέροις ὅλως προσήκοντα, c'est-à-dire dans des villages ou des fermes placées sous des régisseurs ou sous des propriétaires fonciers de rang sénatorial, ou en général appartenant à des propriétaires fonciers privés, tels que des églises, des couvents ou fondations, ou de simples particuliers[1]. Ces diverses situations furent créées de diverses manières, et suivant l'origine qu'elles ont eue, la position de subordination des paysans a également varié.

C'est ainsi qu'on trouve, par exemple, des *métrocomies* entières conférées par les empereurs à certaines personnes[2]. Le sol d'une *métrocomie* ne devenait pas pour cela la propriété de la personne investie ; mais l'effet de l'investiture était que les redevances dues par les *métrocomies* à la caisse de l'Etat étaient dues désormais aux nouveaux seigneurs, à titre de charges foncières. Une pareille concession ressemblait aux remises du produit de l'impôt d'un ou de plusieurs *capita* que l'empereur octroyait, par exemple, aux communes, pour l'entretien de bains, de théâtres ou d'autres établissements d'utilité publique, en ce sens que l'on n'imposait pas à la personne investie l'obligation de payer une quotité déterminée de l'impôt à raison de la *métrocomie* concédée, ce qui faisait du nouveau seigneur une sorte de *patronus*.

Le *patrocinium vicorum*[3] devint la source d'une nouvelle classe de rapports juridiques entre les paysans et les personnes sous la dépendance desquelles ils vivaient. Dans le but de s'as-

[1] Le passage y relatif (Coll. I, Nov. 12, c. 4) est habituellement traduit d'une manière erronnée : les χωρία ἐξακτωρικά ne sont pas des *prædia* EXACTIONIBUS OBNOXIA (!) et les βουλευτικά ne sont pas des DECURIONUM *prædia*.

[2] *C. Theod.*, XI, 24, 6, *in fine*.

[3] *Ibid.*, XI, 24; *C. Just.*, XI, 54.

surer un appui contre les surcharges de l'impôt et l'avidité et l'arbitraire des agents du fisc, certains paysans isolés, voire même des commerçants retirés — imitant en cela une ancienne coutume romaine — choisissaient parmi les hauts dignitaires un patron qui leur octroyait sa protection et ses bons soins, en échange de toutes sortes de cadeaux et même de redevances fixes et régulières[1].

Dans l'intérêt du fisc, dont l'action sur les paysans soumis à l'impôt se trouvait ainsi paralysée, et en partie aussi dans l'intérêt des paysans eux-mêmes, qui étaient de cette manière doublement chargés de redevances, on prohiba de bonne heure l'acceptation d'un pareil *patrocinium* (πατρωκίνιον ou προστασία). Néanmoins la fréquente répétition de la prohibition démontre que l'on n'était jamais parvenu à déraciner entièrement cet usage[2]. Du reste, le fait de se soumettre à un *patrocinium* n'avait qu'un effet temporaire de sujétion : cet effet durait aussi longtemps que le patron gardait sa position de pouvoir et d'influence. Mais aussi, lorsque cette situation s'était perpétuée pendant un certain nombre d'années et que le fils du patron avait de son côté rempli des fonctions élevées, la sujétion dont nous venons de parler pouvait bien devenir héréditaire.

Une troisième classe très-nombreuse de paysans placés sous la dépendance d'autrui est celle qui était établie sur les domaines des grands propriétaires fermiers. Ces paysans — on les appelait généralement ὑπὸ δεσποτείαν τελοῦντες γεωργοί, et ils étaient soit des cultivateurs proprement dits, soit de simples ouvriers (*coloni* ou *inquilini*) — n'avaient, par opposition aux autres classes dont il a été question plus haut, aucun droit de propriété sur le sol, et n'exerçaient d'autre droit réel sur le fonds, que celui de ne pouvoir être ni chassés ni déplacés par le propriétaire foncier. La *capitatio* était due par le seigneur[3], tandis

[1] Par analogie du *contractus suffragii*. *Cod. Theod.*, II, 26. — *Cod. Just.*, IV, 3. — La Coll. I, Nov. 12, c. 4, appelle même ces impôts πατρωκίνιον.

[2] L'empereur Tibère et en dernier lieu l'empereur *Romanus Lacapenus* ont cru devoir prendre des mesures à cet effet. Coll. I, Nov. 12, c. 4; Coll. III, Nov. 2, c. 2; comp. note 4, p. 63.

[3] On prenait quelquefois indirectement des arrangements tendant à faire payer par les colons et les *inquilini* le montant de l'impôt dont le

que les paysans *sub patrocinio* en étaient toujours restés personnellement responsables et redevables.

Les ὑπὸ δεσποτείαν τελοῦντες γεωργοὶ se partagent en deux classes : c'étaient les *adscriptitii* (*censiti*, ἐναπόγραφοι) et les *coloni* dans le sens étroit du mot (μισθωτοί). Sur l'origine et la signification de cette distinction, voici ce que les sources nous apprennent :

Les possesseurs de grands domaines, qui avaient beaucoup de peine à trouver une quantité suffisante de bras pour la culture des terres, avaient toujours accepté avec empressement l'établissement de personnes libres, mais dépourvues de ressources, sur leurs propriétés; ils leur faisaient même volontiers l'avance de semences, afin de les mettre à même de cultiver des terres en friches; ils recevaient généralement en échange une partie des récoltes. Les jurisconsultes classiques considéraient habituellement les rapports de cette espèce comme une *locatio conductio* ou comme un *precarium*[1]. Mais comme à vrai dire ces rapports étaient destinés à se prolonger, le seigneur foncier était tenu de faire recenser immédiatement ces *coloni* ou *inquilini*, et ces derniers étaient inscrits sur les tables du cens avec les domaines[2]. Si bien que l'on s'habitua à les regarder comme faisant en quelque sorte corps avec la terre. Il est bien possible que l'on ait même légué des *vici*, c'est-à-dire des domaines, sur lesquels des colons avaient formé des villages[3], ou même des *inquilini*, sans seulement parler des maisons[4], ou que l'on ait loué des biens avec leurs colons[5]. Toutefois au point de vue juridique on pouvait encore à ce moment comprendre la chose d'une autre façon : le legs des *vici* avait pour objet le sol et non pas les colons qui l'habitaient; le legs des *inquilini* sans les maisons était nul en tant que constituant un *legatum liberi hominis*, il était en tout cas nul et sans effet quant à l'*inquilinus;* enfin le *conductor*

seigneur était tenu vis-à-vis du fisc. Comp. l. 20, § 3, C. *De agricolis*, 11, 48. — La rubrique de ce titre *De agricolis et censitis et colonis* semble bien se rapporter à la distinction dont il s'agit.

[1] L. 4, 19, § 4, D. *Locati*, 19, 2; l. 17, 21. D. *De precario*, 43, 16.

[2] L. 4, § 8, D. *De censibus*, 50, 15.

[3] L. 77, § 33, D. *De legatis*, II.

[4] L. 112, pr. D. *De legatis*, II.

[5] L. 27, C. *De locato*, 4, 65.

n'était à considérer que comme simple cessionnaire vis-à-vis du colon affermé. Mais lorsque, dans la suite, le seigneur foncier fut tenu de percevoir la *capitatio* de ses colons et en devint responsable; lorsque ceux-ci ne purent plus quitter leur maître ni en être séparés, il n'y eut plus moyen d'appliquer aux relations existant entre les colons et le seigneur foncier les règles du louage ou du *precarium*. C'est ainsi que se forma et se développa un droit tout nouveau, applicable à la situation des *adscriptitii* et de leurs descendants[1]. La situation des *servi rustici* se confondit peu à peu avec celle des *adscriptitii*. Le maître des *servi rustici* perdit tout intérêt à s'en prétendre propriétaire, car il ne pouvait ni les aliéner ni en réaliser la valeur[2], et c'est pourquoi il les laissa *in libertate*, et la prescription en fit ensuite des *adscriptitii* libres.

A côté de ces *adscriptitii* on trouve encore les *coloni* dans le sens strict du mot. Lorsqu'un paysan libre prenait à ferme un domaine et le cultivait avec son propre matériel et son propre capital, on admettait que, passé un délai de trente ans, il était lié à cette terre[3]. Le rédacteur des Ῥοπαί[4] distingue catégoriquement ces μισθωτοί des ἐναπόγραφοι et dit en les distinguant : Οὗτοί εἰσιν οἱ λεγόμενοι κολωνοί. La Novelle 162, c. 2, mentionne une autre espèce de colonat en opposition formelle avec l'ἐναπόγραφος τυχή; elle se compose de ceux qui sont nés d'une femme libre et d'un ἐναπόγραφος ; ceux-ci ne suivent pas la condition du père, mais deviennent colons dans le sens étroit du mot.

Dans la majeure partie des cas, la position juridique des *co-*

[1] Les prescriptions sur la question de savoir qui est *adscriptitius*, et de qui on est *adscriptitius* à raison de la naissance, sont nombreuses et contradictoires. Il est intervenu quelques Novelles sur ce point, même après Justinien. Coll. I, Nov. 6, 13.

[2] L. 12, § 3, D. *De instructo*, 33, 7. Quelquefois les *servi rustici* étaient affranchis, mais à la condition de continuer la culture des terres.

[3] Tout au moins à partir d'Anastase, l. 19, C. *De agricolis*, XI, 48. — La l. 24, § 3, C. *De S. S. eccles.*, fournit la preuve que quelques auteurs considéraient même vingt ans — la *longi temporis præscriptio* — comme suffisants; à moins qu'il ne faille lire (par rapport à la Nov. 120, c. 3, et l'*Ecloga*, tit. XV) λ' ἐτῶν au lieu de κ' ἐτῶν. Comp. l'édition des Ῥοπαί de M. Zachariæ, p. 227, note 9.

[4] Αἱ Ῥοπαί, XL, 6, 14.

loni et des *adscriptitii* était entièrement identique. Les uns et les autres étaient libres quant à leur personne ; c'est ainsi qu'ils pouvaient contracter mariage et avaient la puissance paternelle sur leurs enfants[1]. D'autre part, les uns et les autres participaient au même degré à certains priviléges de leurs seigneurs[2]. Enfin l'attache à la glèbe et l'obligation de payer des redevances annuelles au propriétaire étaient des charges communes à ces deux classes de paysans.

Le propriétaire foncier avait le droit de réclamer non-seulement l'impôt personnel qu'il payait à la décharge de ses paysans, mais aussi une indemnité à raison de la jouissance de la terre dont il avait payé l'impôt[3]. En général, on remettait au propriétaire, pour ces deux redevances une partie déterminée de la récolte ; mais suivant la *consuetudo prædii* on payait aussi des intérêts en numéraire[4]. Le propriétaire n'avait pas la faculté d'augmenter à sa seule volonté ces contributions annuelles ; le paysan était admis à formuler une plainte à l'occasion d'une *superexactio*[5] ; de même s'il était déplacé ou chassé : le seigneur ne pouvait le vendre qu'avec le bien qu'il cultivait.

Sous un seul point de vue, il y avait une différence sensible entre les μισθωτοί et les ἐναπόγραφοι : les premiers étaient libres μετὰ τῶν πραγμάτων αὐτῶν, tandis que pour les seconds on considérait leur *peculium* comme appartenant au seigneur[6]. L'ἐναπόγραφος est presque aussi entravé dans la disposition de son pécule que l'esclave[7], bien qu'on ne puisse en dépouiller ni lui ni ses descendants ; ce pécule appartient au propriétaire de la terre, s'il meurt sans enfants[8]. De ce que l'ἐναπόγραφος n'a

[1] Une ἐλεύθερα ne peut cependant pas épouser un ἐναπόγραφος étranger. Nov. 22, c. 17. — La l. 11, C. *De oblig.*, IV, 10, relève une autre différence entre esclaves.

[2] L. 2, C. *De comit. consistor.*, XII, 10; l. 8, C. *De princ. agent. in reb.*, XII, 21; Coll. I, Nov. 12, c. 4, v° Προσφόρους.

[3] L. 20, § 3, C. *De agricolis*, XI, 48.

[4] L. 5, 20, § 2, C. *eod.*

[5] Il n'est pas question ici d'une *actio* civile, mais d'une *interpellatio* des magistrats. L. 2, C. *In quib. causis*, Coll. XI, 50 ; Nov. 80, c. 2, 3.

[6] L. 19, C. *De agricolis*, XI, 48.

[7] L. 2, C. *In quib. causis*, coll. XI, 50.

[8] A savoir *jure peculii*. Il est question de ce droit successoral (à tort

pas de patrimoine, il résulte qu'il ne saurait naître aucune action entre lui et son maître touchant des intérêts pécuniaires, et en aucun cas l'ἐναπόγραφος ne peut posséder de terres en propre. Pour le μισθωτός, au contraire, d'autres principes étaient appliqués, en ce que l'on considérait son pécule comme lui appartenant en toute propriété. Il est reconnu, dans les sources du droit, qu'il était d'ailleurs apte à posséder et à acquérir la propriété foncière[1]; mais il faut admettre en outre qu'il pouvait procéder à des aliénations sans le consentement de son seigneur, et disposer de ses biens par testament en faveur d'un étranger, tout cela bien entendu sans préjudice du matériel nécessaire pour sa γεωργία. On comprend très-bien que des actions civiles aient aussi pu s'élever entre le μισθωτός et le propriétaire[2].

La coutume d'inscrire les colons et les *inquilini* dans les registres de l'impôt foncier — registres qui donnèrent naissance à la classe des *adscriptitii* — avait été, au surplus, très-usitée dans l'empire romain. Une ordonnance d'Honorius[3] le prouve en ce qui concerne les provinces de la Gaule; en Egypte on rencontre les *adscriptitii* sous le nom de *homologi coloni*[4]. Dans le sud de l'Italie même il y a des ἐναπόγραφοι qui se sont perpétués jusque dans le treizième siècle[5]. Justinien et Tibère ont

appelé de la sorte) dans la loi 20, C. *De episc. et cler.*, I, 3; voy. encore l. *un.*, *C. Th.*, V, 3.

[1] L. 4, C. *De agric.*, XI, 48, *in fine*. — Nov. 162, c. 2, *in fine*.

[2] Nous serions entraîné trop loin si nous voulions examiner ici toutes les questions relatives à cette matière. On consultera avec fruit Savigny, *Vermischte Schriften*, II, p. 1 et suiv; — Καλλιγᾶς, περὶ Δουλοπαροικίας, dans Θέμις, Τμ. IX; — et Revillout, *Histoire du colonat*, dans la *Revue historique du droit français et étranger*, t. III (1857), p. 216. — Le lien juridique entre μισθωτός et propriétaire foncier ne se dissolvait pas par prescription (l. 23, *C. de agricolis*, XI, 48). *Quid*, par consentement réciproque? (Comp. l. 16, *C. de episc.*, I, 3, v° *Invito domino*.) Les enfants étaient-ils attachés à la terre du vivant de leur auteur? (Comp. l. 22, § 1, *C. de agric.*) Dans la Coll. I, Nov. 12, c. 2, il y a des traces de la création d'une juridiction patrimoniale du seigneur. Le principe en vertu duquel le seigneur lui-même ne pouvait séparer le paysan de sa terre aurait dû protéger ce dernier et empêcher qu'il ne fût employé à des services personnels ni loué à titre de journalier, par exemple.

[3] *Cod. Theod.*, XI, 1, 26.

[4] *Ibid.*, XI, 24, 6.

[5] Comp. les *Constitutiones Siculæ*, passim.

rendu des décrets concernant les *adscriptitii* de l'Afrique[1], et les Novelles de Justinien, qui s'occupent des ἐναπόγραφοι d'une manière générale, démontrent que ceux-ci se sont aussi répandus en Orient.

Mais la distinction entre les *adscriptitii* et les colons dans le sens strict semble s'être effacée de plus en plus. Une Novelle de Justinien de l'an 572[2] déclare, sans distinguer entre ces deux classes de paysans, qu'ils peuvent transmettre leurs biens, tant *ab intestato* que par testament, à leurs parents, même s'ils ont partagé l'hérésie des Samaritains. En l'absence de parents, le propriétaire foncier, par analogie de la succession attribuée au fisc en cas d'hérédité vacante, recueille leur hoirie; une fusion s'était donc opérée à cette époque entre le droit spécial des colons (*sensu stricto*) et celui des *adscriptitii*. Mais il n'y a pas moyen de décider, dans le silence des sources du droit post-justinien, si cette fusion s'est développée dans les temps plus récents, et de quelle manière.

Peu de temps après Justinien, les invasions des barbares dans l'empire byzantin et les émigrations des populations indigènes qui en étaient la suite, notamment dans le plat pays, ébranlèrent profondément la situation des paysans; et dans les siècles suivants il n'est plus question du droit particulier concernant les ἐναπόγραφοι.

§ 60. — Le Νόμος γεωργικός.

Les *Leges rusticæ*, ou le νόμος γεωργικὸς κατ' Ἐκλογὴν ἐκ τῶν Ἰουστινιανοῦ βιβλίων[3], nous permettent de jeter un coup d'œil sur la situation des paysans au huitième siècle.

Ce νόμος nous a été conservé dans de nombreux manuscrits, notamment dans des appendices des petits Codes impériaux et de leurs remaniements; mais les textes révèlent plusieurs recensions différentes, dont malheureusement aucune n'a été imprimée jusqu'à ce jour, si ce n'est la plus récente, qu'Harmenopule a annexée à son manuel à titre d'appendice. La plus ancienne consiste en quatre-vingt-trois paragraphes qui se suivent sans

[1] Coll. I, Nov. 6, 13.
[2] *Ibid.*, Nov. 7, c. 2.
[3] Comp. la *Delineatio*, § 21, de l'auteur. *Hist. de Mortreuil*, I, p. 393.

être divisés en titres. L'ordre des matières diffère essentiellement de celui du texte d'Harmenopule, et les plus anciens manuscrits, par exemple Cod. Paris, gr. 1367, et Marcian. 579, présentent aussi de notables divergences dans le texte des divers paragraphes. Enfin il y a un grand nombre de paragraphes qui manquent dans la plus ancienne édition, tandis qu'on les trouve chez Harmenopule, circonstance de laquelle on peut inférer que ces textes ont été ajoutés postérieurement [1]. Toutefois, et sauf à tenir compte des variantes, nous pouvons nous servir des éditions imprimées des *Leges rusticæ* pour l'étude que nous nous proposons d'en faire.

L'opinion générale, suivant en cela l'avis émis par l'auteur, attribue le νόμος γεωργικός à une compilation de quelques jurisconsultes du huitième ou du neuvième siècle [2]. Les additions subséquentes dont nous avons parlé plus haut donnent en effet aux *Leges rusticæ* l'apparence d'une compilation ; et comme ces mêmes additions forment dans certains manuscrits une partie de l'ancien *Appendix Eclogæ*, cette circonstance a conduit à reporter l'origine de ces lois au huitième ou neuvième siècle. Toutefois un examen plus attentif des plus anciennes variantes démontre que cette opinion n'est pas soutenable [3]. Une grande partie des dispositions contenues dans ce recueil constituent un droit éminemment nouveau [4], de telle sorte qu'elles n'ont pas pu être compilées d'après des sources antérieures. A côté de cela, on remarque partout le style impératif du législateur, indice d'une origine officielle.

[1] Dans les éditions de Reitz et Heimbach on trouve les passages que voici : *Proœmium*, tit. I, § 17; tit. IV, § 2 et 8; tit. V, § 3; tit. VI, § 6, 7; tit. VII, § 5, 6; tit. VIII, § 6; tit. X, § 2, 3, 5, 10, 11. Le *Proœmium* et la division en titres n'existent pas au surplus dans tous les manuscrits d'Harmenopule, pas plus que dans toutes les éditions des *Leges rusticæ*.

[2] On l'attribuait d'abord, à raison de son intitulé : ἐκ τῶν Ἰουστινιανοῦ βιβλίων, à l'empereur Justinien II; d'autres l'attribuaient à Harmenopule.

[3] Ce que nous disons ici du caractère et de la date du νόμος γεωργικός est aussi applicable pour les anciennes parties du νόμος στρατιωτικός et du νόμος ναυτικός.

[4] Ce qu'il y a particulièrement de remarquable, c'est l'usage de s'appuyer sur des textes bibliques; cette circonstance a déjà été relevée par Reitz dans ses observations. La même particularité se rencontre dans l'*Ecloga*.

Quant à la fixation de l'époque vers laquelle le νόμος γεωργικός fut publié, on est amené à penser que c'est sous le règne de Léon l'Isaurien et de Constantin, soit conjointement avec l'*Ecloga*[1], soit postérieurement, à en juger par la place qu'il occupe dans l'*Appendix Eclogæ* et par sa corrélation intime avec l'*Ecloga*.

D'après son contenu, le νόμος γεωργικός est un Code de police rurale. Il traite particulièrement de vols, notamment de vols de récoltes, de fruits et de bois; de délits et de négligences des bergers; de dommages causés par les bestiaux ou occasionnés à des animaux domestiques, et d'autres faits de cette nature. Tantôt il reproduit avec plus ou moins de changements les prescriptions du droit de Justinien[2], tantôt il introduit un droit nouveau. On y rencontre aussi ça et là, surtout au commencement, divers passages que l'on peut considérer[3] comme constituant les principes fondamentaux d'une législation spéciale des paysans, et qui offrent quelques éclaircissements sur la situation juridique de cette classe de personnes vers le milieu du huitième siècle.

Suivant le νόμος γεωργικός, il y a des paysans libres et indépendants, ainsi que des paysans qui appartiennent à un seigneur foncier.

Les premiers vivent dans des communes. Le territoire com-

[1] Par exemple le τηρείτωσαν οἱ ἀκροαταί figure dans l'*Ecloga*, XVII, 47, et les *Leges rusticæ*, I, 9. — Comparez, en outre, *Ecloga*, XVII, 7, avec *Leges rusticæ*, I, 18; — *Ecl.*, XVII, 40, avec *Leg. rust.*, tit. VIII; — *Ecl.*, XVII, 47, avec *Leg. rust.*, III, 7. Par contre l'*Ecloga* et les *Leges rusticæ* se contredisent aussi quelquefois. Ainsi *Ecl.*, XVII, 9, 13, et *Leg. rust.*, VI, 4 (dans les *Leg. rust.*, VI, 6, 7, il y a une nouvelle addition). — Enfin les peines que les *Leges rusticæ* édictent, présentent le même caractère que celles de l'*Ecloga*, tit. XVII. — Les divergences entre les *Leges rusticæ*, II, 1 et suiv., 7, et l'*Ecloga*, XVII, 11 et 13, sont à considérer comme constituant des particularités de la législation relative aux paysans.

[2] L'*Interdictum de arboribus cædendis* est par exemple limité au cas où l'arbre se trouve planté à côté d'un jardin. *Leg. rust.*, VII, 2.

[3] Par exemple, *Leg. rust.*, I, 15. « Lorsqu'il est établi que le créancier qui a reçu des terres (pour l'usage) en place d'intérêts, en a retiré les fruits et récoltes pendant plus de sept ans, le juge doit imputer sur le capital de la dette tout le revenu d'une culture à moitié fruit (κατὰ τὴν ἡμίσειαν) à compter desdites sept années et en remontant.

munal[1] semble être considéré en principe comme formant la propriété de toute la commune, κοινότης τοῦ χωρίου, de telle sorte que les membres de la commune (χωρῖται) étaient assimilés à des κοινωνοί, par rapport à la jouissance, ce qui toutefois n'excluait pas la jouissance personnelle[2].

Lorsque l'habitant d'une commune trouve un endroit du territoire communal qui soit propre à l'inédification d'un moulin et qu'il y élève une construction de cette espèce, les autres habitants ont la faculté non-seulement de revendiquer cette place en tant qu'indivise entre tous, mais encore de devenir κοινωνοί du moulin, dès qu'ils remboursent les frais de construction[3]. D'autre part, il leur est loisible de provoquer à tout moment le partage de la communauté (μερισμός ou μερισία). Chacun d'eux recueille dans ce cas[4] sa part (μερίς), son lot (σκαρφίον) ou sa parcelle de terre[5] (τόπος), et devient propriétaire particulier (κύριος ou δεσπότης) de la terre, du champ ou de la vigne qui est tombée dans son lot[6]. Le partage peut être

[1] Les maisons et les jardins n'ont probablement jamais cessé de former des propriétés individuelles. Comp. note 2, p. 50.

[2] *Leg. rust.*, VII, 1. Ἐαν δένδρον ἀνατραφῇ ὑπό τινος ἐν τόπῳ ἀμερίστῳ, κτλ.

[3] *Leg. rust.*, X, 6. Dans l'*Ecloga ad Prochiron mutata*, on ajoute ce qui suit : Εἰ δὲ διωγμὸς χώρας ὑπὸ ἐθνῶν γένηται καὶ μετὰ χρόνον εἰς τῶν ἀδελφῶν (c'est-à-dire des membres de la communauté) ἀναλύσας εἰκοδομήσει μύλον, μετὰ διελεύσεως τῶν λοιπῶν ἀδελφῶν πᾶσαν τὴν ὀφειλομένην ἔξοδον δωσάτωσαν καὶ ἀκωλύτως εἰσερχέσθωσαν.

[4] Est-ce du territoire communal tout entier, ou déduction faite des pâturages affectés à l'usage commun? Chaque χωρίτης obtient-il un lot d'égale valeur? Ou bien, au contraire, n'est-il compris au partage que dans la proportion de la part contributive aux impôts qu'il a payés jusqu'à ce jour? La Πεῖρα, XV, 10, et XXXVII, 1, 2, incline vers la dernière solution, tandis que la *Sententia Cosmæ* dans *Leunclav., J. G. R.*, II, p. 167, se prononce en sens contraire.

[5] L'expression μερίς paraît souvent dans les *Leges rusticæ*, ainsi par ex. : I, 1 ; la part et portion s'appelle τὸ ἐπιλαχὸν μέρος dans le titre X, § 7 ; dans les Novelles de l'auteur, p. 313, elle s'appelle μεῖρα. — Pour les mots σκαρφίον et τόπος, comp. *Leg. rust.*, I, 8 ; d'après les anciens manuscrits, il convient de lire σκαρφίοις et non σκάφαις. — Dans la Πεῖρα, XXXVI, 23, les στάσεις semblent indiquer quelque chose de semblable. Comp. note 2, p. 16

[6] Les expressions κύριος τοῦ τόπου, τοῦ ἀγροῦ, τοῦ ἀμπελῶνος se isent dans

rescindé en cas de lésion de l'un des membres de la communauté[1]. Le paysan jouit de son lot soit par lui-même, soit grâce au concours d'esclaves ou de pâtres dont il a loué les services[2], soit qu'il fasse cultiver ses champs ou sa vigne par un tiers (habituellement moyennant abandon de la moitié de la récolte)[3]. Dans ce cas, le paysan est désigné sous le nom d'ἡμισειαστής, — dans la langue néo-grecque [ἡ]μισυαρικός ou μεσιακάρης. — Le paysan, en tant que propriétaire, a qualité pour se défendre contre toute attaque d'un tiers à l'encontre de sa μερίς[4]. S'il tolère sciemment qu'un tiers transforme une partie de sa forêt en champ, il est tenu de lui en abandonner les fruits pendant trois ans, et ce n'est qu'après l'écoulement de ce laps de temps qu'il est recevable à demander de nouveau la restitution de la parcelle en question[5]. Si, pendant son absence, un tiers s'établit sur ses terres et y plante des vignes, il est tenu de respecter, à son retour, cet état de choses, lorsque le tiers lui offre en échange une ἀντιτοπία, c'est-à-dire une superficie de terrain équivalente[6]. En ce qui concerne les impôts publics, ils étaient payés naturellement par la communauté, tant que le territoire communal n'était pas encore partagé; mais, même après le partage des terres, tous les membres de la commune étaient solidairement responsables de l'impôt afférent à toute la communauté[7].

les *Leg. rust.*, I, 11, 22, 24, ainsi que les mots δεσπόται τῶν χωραφίων dans les *Leg. rust.*, X, 9.

[1] *Leg. rust.*, I, 8. — Comp. *supra*, note 4, p. 51, *Sententia Cosmæ magistri* : Εἴπερ ἐστὶ τοῦ τόπου μία ὑποταγὴ καὶ εἷς τελεσμὸς, καὶ αἱ μερίδες ἀνακεκίνωνται, εὔπω δὲ διῆλθε τριακονταετία, ἀφ' οὗπερ γέγονε μερισμὸς· ἵνα καὶ πάλιν κινοῦται πᾶσα ἡ ὑποταγὴ καὶ συγχέωνται τὰ ὅρια, καὶ γένηται μερισμὸς πρὸς ἕκαστον αὐτῶν κατὰ κλήρων ἰσότητα, τῆς γῆς τσὶ ἀγροῦ οὐ μόνον κατὰ ποσότητα μεριζομένης, ἀλλὰ καὶ κατὰ σύγκρισιν ποιότητος διανεμομένης.

[2] *Leg. rust.*, III, IX.

[3] *Ibid.*, I, 10, 22-25. *Ducange*, v° Μίσος, cite et extrait d'un manuscrit un ἄκτος ἐκδόσεως ἀμπέλου ἐφ' ἡμισαρικόν.

[4] *Leg. rust.*, I, 1 ; X, 7, 8.

[5] *Ibid.*, I, 12.

[6] *Ibid.*, X, 1, 4.

[7] *Ibid.*, I, 13, 14. Dans les éditions imprimées le texte et la traduction ont très-fautifs : un γεωργὸς abandonne sa μερίς et ne paye pas ses impôts : dans ce cas εἰ τῷ δημοσίῳ ἀπαιτούμενοι λόγῳ (ainsi que l'ancien

Si l'on se demande comment a pris naissance ce principe juridique d'après lequel on considérait le territoire communal comme une propriété indivise entre tous les membres de la communauté, et chaque propriété particulière située dans le territoire communal comme étant issue du partage des biens de la communauté, on est fondé à faire la réponse que voici : A partir de la deuxième moitié du septième siècle il y eut des portions considérables de hordes barbares, particulièrement d'origine slave[1], qui s'établirent dans des districts déserts. Il y eut même d'autres portions considérables de la population indigène qui, chassées par les envahisseurs, cherchèrent un abri dans d'autres régions; enfin, vers la même époque, il y eut des communes entières de certaines parties de l'empire qui furent transportées en masse dans les provinces abandonnées[2]. Dans ces différents cas, ce n'est qu'après le partage que la propriété individuelle sur le territoire communal pouvait s'établir ; mais il est aussi possible que l'idée d'une participation commune de tous ces habitants à la propriété du territoire communal ait simplement tiré son origine de cette règle fiscale, que chaque membre de la commune était responsable du payement de l'impôt afférent à tout le district communal : règle qui conduirait sans peine à la théorie que chacun aussi avait un droit indivis de propriété sur tout le territoire.

Quoi qu'il en soit, l'idée que les communes rurales impliquaient une sorte de communauté est depuis lors restée dans le droit byzantin. En ce sens on parle encore, plusieurs siècles plus tard, d'ὁμάδες τῶν χωρίων, d'ἀνακοινώσεις χωρίων ou πενήτων, et du principe on tire cette conséquence qu'une portion

texte s'exprime), c'est-à-dire ces coobligés solidaires qui paient l'impôt, peuvent jouir de la μερίς, et le γεωργός qui revient ne peut plus la réclamer. — Mais lorsque le γεωργὸς ἀποδράσας ἐκ τοῦ ἰδίου ἀγροῦ τελῇ κατ' ἔτος τὰ ἐξόρδινα τοῦ δημοσίου λόγου (suivant la leçon des anciens manuscrits), c'est-à-dire s'il paye les impôts fiscaux ordinaires régulièrement et chaque année, et que nonobstant ses cohabitants jouissent de sa terre, ceux-ci sont tenus de lui rembourser le double des fruits perçus par eux.

[1] Encore de nos jours le droit slave considère le territoire communal des villages comme une propriété indivise entre les paysans. V. Haxthausen.

[2] Par exemple sous *Nicephorus Generalis*. Comp. Nov. de l'auteur, p. 61, note.

du territoire communal ne peut pas être réputée vacante tant qu'il existe un χωρίτης et que toute μερίς devenue vacante accroît aux différents συγχωρίται dans la proportion de leur contribution à l'impôt total[1].

Le νόμος γεωργικός n'admet point de subordination pour les paysans possesseurs de terres ou pour les communes rurales, à l'égard de patrons puissants. Il est possible que les iconoclastes aient réussi à comprimer ou à déraciner la coutume du *patrocinium;* mais dans la suite cet usage s'est de nouveau répandu.

Par contre, le νόμος γεωργικός parle d'une autre classe de paysans placés sous la dépendance d'autrui, à savoir de ceux qui cultivent les terres de grands propriétaires fonciers. Lorsque ceux-ci avaient, à l'insu du propriétaire, défriché, labouré et ensemencé quelques parcelles de ses terres, ce dernier avait la faculté de les chasser sans indemnité[2]. En droit, ces paysans ne pouvaient jouir de la terre du propriétaire qu'en vertu d'une concession formelle (ἔκδοσις) ou du consentement tacite du χωροδότης. Dans le premier cas, les clauses de la concession déterminaient les rapports du paysan avec le seigneur, ainsi que les redevances que l'un devait à l'autre[3]. Le second cas semble avoir été particulièrement fréquent, avec cette circonstance qu'on exigeait alors des paysans une partie de la récolte. — On désigne ce paysan sous le nom de μορτίτης (en néo-grec ἐμοριάρης ou ἐπίμορτος), nom qui lui vient de l'ancienne dénomination de cette redevance d'une portion (μόρτη).

[1] Comp. note 5, p. 34. Πεῖρα, IX, 9; XV, 10; XXXVII, 2. La Coll. III, Nov. 6, c. 1, indique clairement au moyen de cette antithèse : ἰδίᾳ τὴν ἑαυτοῦ κατάσχεσιν ἀφορίσας διὰ τὸ ἀνενόχλητον, que l'ἀνακεκοινωμένος était responsable pour ses cointéressés.

[2] *Leg. rust.*, I, 2, 7. Dans le premier passage il faut lire, d'après d'anciens manuscrits : Μὴ λαμβανέτω μήτε ἐργατίας (c'est-à-dire salaire) ὑπὲρ τῆς νεάσεως μήτε ἐπικαρπίαν ὑπὲρ τοῦ σπόρου, ἀλλ' οὐδὲ τὸν κόκκον τὸν καταβληθέντα. — Pour le cas où quelqu'un construisait sur un emplacement propice un moulin à l'insu du propriétaire, l'*Ecloga ad Prochiron mutata* ajoute une prescription spéciale : Ἐάν τις οἰκῶν ἐν χωρίῳ ἀγνώμη τοῦ κυρίου αὐτοῦ ποιήσῃ μύλον, ἐαν ξένος ἐστίν, ἐχέτω αὐτὸν ἰθ' χρόνους καὶ ἐξωθείσθω.

[3] *Leg rust.*, I, 11. — Dans des textes postérieurs il est question de ces redevances comme étant un πάκτον. Πεῖρα, XV, 2. Il est souvent question de ces *pacta* et de ces *appactuationes* dans les urbaires cités note 2, p. 15.

Le νόμος γεωργικός contient au sujet du μορτίτης cette importante disposition : « La part du μορτίτης consiste en neuf gerbes, celle du χωροδότης en une gerbe; que celui qui partage d'une manière différente soit maudit par Dieu[1] ! »

Cette prescription, qui s'appuie évidemment sur le droit mosaïque[2], présente au premier aspect un caractère énigmatique; car comment exiger d'un propriétaire foncier qu'il consentît à faire cultiver des terres par des μορτίται contre le dixième des récoltes, alors que, suivant l'usage général du pays, il lui était permis de traiter avec un ἡμισειαστής pour la moitié de la récolte ? — On ne lève pas ce doute en supposant qu'il y avait un nombre insuffisant de métayers, ni en rappelant que l'ἡμισειαστής n'acceptait une semblable position que pour une année, ou en tout cas pour une période très-courte, tandis que la concession faite à un μορτίτης pouvait seule assurer une culture de longue haleine. Il faut bien plutôt admettre que le paysan μορτίτης avait à payer, outre le dixième, les impôts publics afférents à son lot, tandis que l'ἡμισειαστής, qui ne cultivait les terres que pour peu de temps — depuis les semailles jusqu'à la moisson, — n'était pas astreint à une semblable obligation. Si cette hypothèse est exacte, on comprendra sans peine que la position de l'un n'était pas plus avantageuse que celle de l'autre, et que la transformation des anciennes redevances en grains dues par le μορτίτης en une simple dîme, était parfaitement justifiée.

On ne parle nulle part dans le νόμος γεωργικός des ἐναπόγραφοι, ni en général de l'obligation de rester attaché à la glèbe. La fuite des paysans libres n'est pas suivie de leur réintégration forcée, elle est punie d'une manière toute différente[3]. Le cultivateur peut aussi abandonner le bien qui lui est concédé,

[1] *Leg. rust.*, I, 21. Dans le paragraphe 20 se trouve la disposition suivant laquelle le μορτίτης qui récolte à l'insu du propriétaire, et le trompe sur le nombre des gerbes, perd toute la récolte, comme un voleur qu'il est. Ce que les *Leg. rust.*, I, 3, 5, disent de l'échange des terres s'applique aussi aux μορτίται. Il eût été bizarre d'édicter cette disposition à l'égard de paysans libres qui n'avaient jamais perdu la faculté d'aliéner leur μερίς.

[2] *Levit.*, 27, 30 et suiv.; *Nombr*, 18, 21 et suiv. On s'appuyait d'autant plus volontiers sur ces textes sacrés, que les possessions des églises et des couvents formaient la majeure partie des domaines fonciers.

[3] Comp. notes 6 et 7, p. 52.

bien qu'il soit tenu dans ce cas d'indemniser son propriétaire [1]. Nous ignorons si l'ancienne obligation de rester attaché au sol, édictée par les empereurs isauriens, a été volontairement abandonnée, ou si elle tomba en désuétude lorsque la population rurale se trouva dans la nécessité de fuir devant les invasions des barbares. En tous cas, il est certain que bientôt après on tenta de nouveau de revenir à l'ancien droit, au moins en ce qui concernait les paysans cultivateurs. Des manuscrits très-anciens avaient déjà ajouté au νόμος γεωργικός un édit que le préfet Zoticus avait rendu en l'an 512, περὶ τῶν Ὑποδεχομένων ἀλλοτρίους γεωργούς [2], et dans les éditions plus récentes cette addition fait partie intégrante du νόμος γεωργικός [3].

La liberté d'aller et de venir reconnue au paysan devait entraîner comme conséquence pour le propriétaire le droit de congédier son cultivateur. Il semble cependant avoir été admis dès cette époque que le propriétaire ne pouvait plus congédier son cultivateur après un laps de temps de trente années, car l'*Ecloga* [4] défend de louer des biens appartenant à l'Etat, à l'empereur ou aux églises, pour une période de plus de vingt-neuf ans, sans doute afin que l'écoulement d'une période trentenaire ne détruise pas la libre disposition de ces biens à l'égard des fermiers.

[1] Comp. *Leg. rust.*, I, 11.

[2] Comp. Ἀνέκδ. de l'auteur, p. 275.

[3] *Leg. rust.*, I, 17. Comp. la première *Sententia Cosmæ magistri* dans *Leuncl.*, J. G. R., II, p. 166, sur la faculté accordée aux paysans de quitter leur propriétaire. Il semble que l'on se préoccupait du point de savoir si ceux-ci avaient cultivé les terres pendant trente ans : *Harm.*, III, 8, 10. L'empereur *Andronicus Senior* confirme encore en l'an 1319 à la ville de *Joannina* le droit : Ἵνα ... οὐδὲ δέχηταί τις τῶν ἀπάντων ἐξ αὐτῶν εἰς κτῆμα αὐτεῦ πάροικον ἑτέρου. (Χρονογραφία τῆς Ἠπείρου. Athènes, 1856, t. II, p. 305). — Sous la domination française en Grèce, il était permis *compelli homines et villanos ad resumendam habitationem pristinam.* Buchon, *Nouvelles recherches*, II, p. 157.

[4] *Eclog.*, tit. XIII. — Plus tard aussi *Proch.*, XV, 5 ; *Epan.*, X, 2. — L'*Ecl. ad Proch. mut* semble considérer comme suffisant un séjour de vingt années. Comp. le texte cité note 2, p. 54.

§ 61. — Situation des paysans dans les temps subséquents.

La législation des empereurs isauriens sur les paysans resta en vigueur, pour le fond, dans les siècles suivants.

Il est vrai que les *Leges rusticæ* ne furent pas, comme l'ont été d'autres parties de la législation de ces empereurs[1] insérées dans les Basiliques Le livre LV, qui traite des rapports et de la situation des paysans, semble — bien qu'il n'ait été conservé ni intégralement ni sans altération — ne contenir que les prescriptions qui se trouvent déjà dans les sources du droit de Justinien ; mais l'apparition du νόμος γεωργικός dans les manuscrits si nombreux d'une époque plus récente, et notamment son insertion dans l'appendice du manuel d'Harmenopule, prouvent surabondamment que ce monument de droit fut constamment considéré comme une source de droit pratique et usuel.

La reproduction dans les Basiliques du droit pur de Justinien, relatif aux rapports juridiques des paysans, n'a rien pu modifier à l'état réel des choses. Ainsi, dans les Basiliques, il est de nouveau souvent question des ἐναπόγραφοι, et néanmoins la désuétude dans laquelle cette institution était tombée est démontrée non-seulement par l'idée vague que les Byzantins des âges postérieurs se faisaient de la signification et de la portée de cette institution[2], mais encore par la prétérition dont cette classe de paysans est l'objet dans la Πεῖρα. Aussi est-il à supposer que les Byzantins ont été plutôt induits en erreur qu'éclairés par les Basiliques, pour tout ce qui a trait au droit qui régit les paysans[3].

[1] Le droit pénal de l'*Ecloga* et le νόμος ναυτικός.

[2] Comp. *Balsamon ad Phot.*, I, 36.

[3] C'est ce qui a même occasionné l'altération du texte des Basiliques. Ainsi, par exemple, le Cod. paris. gr. 1385, A, fol. 110, verso, donne quelques passages du livre LV des Basiliques dans la forme que voici : Τῆς ἑξηκοντατρίβλου βι. νέ περὶ γεωργῶν ἐναπογράφων καὶ μισθωτῶν. Ἰουστινιανοῦ βασιλέως. — Á. Ὁ γεωργὸς ἀσχολούμενος περὶ τὴν συλλογὴν τῶν καρπῶν μὴ ἀφελκέσθω εἰς ἑτέραν δουλείαν, ἐπεὶ ἀναγκαίως ἠσχόληται. — B'. Ὁ πιπράσκων ἢ δωρούμενος χωρίον δύναται τοὺς γεωργοὺς παρακατέχειν καὶ ἀλλαχοῦ μετενέγκαι τὸ χωρίον. Ὁ γὰρ χρησίμους νομίζων αὐτοὺς εἶναι καλῶς τοῦτο ποιεῖ. (Comp. par contre l. 2, c. *De agric*., II, 48.) — Γ'. Οἱ δεσπόται τῶν χωρίων τοὺς ἐξ αὐτῶν καρποὺς λαμβανέτωσαν, [μ]ὴ χρήματα ἐξ αὐτῶν ζητοῦντες, εἰ καὶ ἀπὸ συνηθείας τὸ χωρίον τοῦτο οὐκ εἶχεν. (Comp. l. 5, *eod.*, avec *Leg. rust.*, I, 21.)

En somme, d'après les Basiliques, les paysans sont aussi divisés en deux classes, à savoir : les χωρίται, ou paysans libres, mais soumis à l'impôt dans leurs κωμητοῦραι, ὁμάδες, ἀναχωνώσεις [1], et les paysans placés sous la dépendance d'autrui.

Dans cette dernière classe il faut encore tout particulièrement distinguer les paysans qui, primitivement libres et possesseurs de terres, sont tombés, par communes, sous la puissance ou la protection d'un haut personnage, ou qui s'y sont placés de leur plein gré [2]. — Ceci se produisit en partie à l'occasion d'un péril imminent et grave, comme dans les années 927-933 [3], alors que la famine et la peste sévissaient, en partie par suite des usurpations des églises et des couvents [4], en partie enfin par suite des aliénations consenties par les empereurs [5].

Les rapports de subordination qui étaient créés de cette manière présentent quelque analogie avec ceux qui résultaient de l'ancien *patrocinium*. Ils devaient être très-variés et multiples, suivant les circonstances qui les faisaient naître ; quoi qu'il en soit, ceux qui se maintinrent, avec le temps devinrent de plus en plus semblables à ceux qui régissaient les paysans ayant un seigneur foncier [6].

En ce qui concerne les paysans ayant des seigneurs fonciers, il était désormais reconnu en droit que le paysan qui avait habité la terre pendant la période de la prescription acquisitive, ne pouvait plus en être chassé par le propriétaire, de même que lui-même n'avait plus la faculté d'abandonner à son gré la

[1] Comp. note 1, p. 54.

[2] Comp. note 4, p. 34.

[3] L'*incertus continuator* de *Romanus Lacapenus*, c. 27, et après lui plusieurs autres chroniqueurs font commencer la famine et les rigueurs de la saison avec le 25 décembre de la sixième indiction (932). Mais la Novelle de *Romanus*, qui date du mois de septembre 934, place le commencement de la famine à la première indiction, c'est-à-dire à l'année comprise entre le 1er septembre 927 et le 1er septembre 928.

[4] Coll. III, Nov. 29, c. 3.

[5] Notamment en faveur de ceux qui furent préposés aux κάστρα. Coll. IV, Nov. 7. — Χρονογραφία τῆς Ἠπείρου. Athènes, 1856, t. II, 300, 312. Un exemple d'une aliénation du même genre opérée en l'an 1296 se trouve dans Coll. V, Nov. 22.

[6] Dans la Πεῖρα XXXVII, 2, il est question d'un ἐννόμιον (taxe de pâturage) et d'une δεκάτη (dîme du sang) qu'ils avaient à payer à leur seigneur.

terre. On n'était pas, ainsi qu'on le voit, très-éloigné d'accorder au paysan un droit sur le sol, domaine utile, en quelque sorte, par opposition au *domaine éminent* du propriétaire. On rencontre déjà quelques traces d'une pareille conception dans le νόμος γεωργικός, en ce que cette loi reconnaît aux paysans le droit d'échanger entre eux leurs terres[1]. Romanus, de son côté, a bien positivement établi cette proposition juridique, lorsqu'il dit : Δοκοῦσι οὗτοι ὡς δεσπόται μὲν τῶν τόπων διὰ τῆς χρονίας νομῆς, ἀνάγκην δὲ ἔχουσι παρέχειν τὸ πάκτον ; — et : Βοηθεῖται τῇ τριακονταετίᾳ εἰς τὸ δεσπόσαι[2].

Au surplus, bientôt après le νόμος γεωργικός, on emploie le mot πάροικοι pour désigner en général les paysans ayant un seigneur foncier. Dans une inscription de l'an 834 on dit de l'empereur Théophile qu'il a été πρὸς τοὺς αὐτοῦ παροίκους ἀνὴρ ἀγαθός[3]. Les Basiliques de leur côté emploient aussi fréquemment l'expression πάροικοι en place du mot *coloni*[4]. Parfois on les appelle aussi δουλοπάροικοι[5].

La loi 239, § 2, D. *de verborum significatione*, donne à la signification primitive du mot πάροικος le sens d'*incola qui aliqua regione domicilium suum contulit*, sans que celui-ci, bien entendu, appartienne par son *origo* à la contrée. — Mais Justinien, qui mentionne à diverses reprises[6] le mot παροικικόν ou παροικικὸν

[1] Comp. note 1, p. 55.

[2] Πεῖρα XV, 2, 3. Comp. encore première *Sententia Cosmæ magistri in Leunclav.*, J. G. R., II, p. 166.

[3] *Banduri Imp. Orient.*, *ed. Ven.*, II, p. 158.

[4] *Basil.*, XLIV, 1, 107, et dans les rubriques des titres du livre LV.

[5] Non pas comme s'ils avaient été des esclaves, mais pour les distinguer des κληρικοπάροικοι. En ce qui concerne ces derniers, comp. les Nov. de l'auteur, p. 319, 366. *Ducange*, v° Πάροικοι.

[6] L. 24, § 1, C. *De SS. Eccles.*, I, 2 ; Nov. 7, præf., § 1 ; Nov. 120, c. 1, pr. L'*Authenticum* traduit par les mots *colonarium jus*. Une ancienne glose qui l'accompagne (ed. Heimb., p. 71, note, et p. 1294) en donne une définition tout à fait incomplète et inexacte : *Colonarium jus est, veluti si domum valentem centum solidos et præstantem pensionem decem solidorum accipiat quis ab Ecclesia et det pro ea solidos centum, seu amplius, aut certe minus, et quasi jam de proprio aggravet se dare singulis annis quasi pensionis nomine solidos tres. Iste ergo appellatur parœcus, sed ipsam domum sub tam parva pensione in perpetuum et ipse et heredes ejus possidebant.* — La définition du παροικικόν est bien plus exacte dans *Basil.*, LVII, 5, 2 (passage qui n'est lui-même que la paraphrase de l. 2, c. *De metatis*, 12,

δίκαιον, y rattache toujours l'idée accessoire que le πάροικος s'établit sur un territoire étranger, et cela sans le consentement formel du propriétaire foncier, mais seulement par tolérance. Le παροικικόν constitue donc à l'origine une situation précaire, révocable de part et d'autre moyennant certaines conditions entre le propriétaire foncier et le cultivateur[1], mais peut se changer en rapport perpétuel de seigneur à paysan par l'expiration d'un *longum* ou *longissimum tempus*. Bientôt après Justinien, une grande partie de l'empire fut violemment éprouvée par les invasions des barbares, et l'ancienne population rurale fut en partie dispersée et anéantie. Il est à présumer qu'à cette époque la plupart des nouveaux établissements eurent lieu à titre de παροικικόν, et c'est ainsi qu'on s'explique comment le nom de πάροικοι devint insensiblement le terme général sous lequel on désignait les manants habitant les terres des grands propriétaires.

Les πάροικοι prirent peu à peu la place des anciens *inquilini* ou *casarii*. S'ils cultivaient en même temps des terres appartenant à un seigneur foncier, ils devenaient des *coloni* ou μορτίται. A ce titre, ils sont mentionnés dans le νόμος γεωργικός, qui parle des paysans, et cette loi réduisit les redevances qu'ils devaient payer au dixième des récoltes. Mais cette proportion ne parut sans doute pas suffisante aux propriétaires : comme le νόμος γεωργικός s'était borné à ordonner que le μορτίτης ne payerait pas plus du dixième de la récolte, et que la définition du μορτίτης n'avait pas été exactement donnée, on pouvait essayer d'éluder la loi, en disant d'un paysan qu'il n'était pas un μορτίτης proprement dit. Peut-être avait-on suivi cette idée, car il est surprenant que l'on parle du μορτίτης dans le νόμος γεωργικός, tandis que dans toutes les autres sources de droit postérieures il est seulement question des πάροικοι, et que sous cette dénomination on désigne en général tous les fermiers.

Les πάροικοι — appelés aussi dans la suite προσκαθημένοι — furent soumis à des impôts et corvées très-multiples par leurs propriétaires : impôts et corvées qui, après que l'on eut reconnu

40, du commentaire d'Anatole ou d'Isidore), et surtout dans la première *Sententia Cosmæ magistri in Leuncl., J. G. R.*, II, p. 166.

[1] Comp. note 1, p. 44, et *Leg. rust.*, X, 1.

aux πάροικοι un domaine utile sur la maison et le sol, apparaissent désormais comme des charges réelles[1].

Nous trouvons une longue énumération des principales charges réelles usitées à cette époque, dans :

1° Le chrysobulle par lequel l'empereur Alexis Comnène, en l'an 1088, donna en gage l'île de Patmos au moine Christodule pour la fondation d'un couvent[2] ;

2° Le chrysobulle par lequel l'empereur Jean-Ducas Vatatzès rétablit en l'an 1228 le couvent au pied du mont Lembo, près de Smyrne[3] ;

3° Le chrysobulle de l'empereur Andronic le Jeune, relatif aux possessions du couvent de l'île de Patmos, de l'an 1331[4]. (Ici apparaît même le παρθενοφθορία, c'est à dire le *jus primæ noctis*.)

Mentionnons enfin la décision synodale[5], confirmée en l'an 1306 par Andronic Senior, dont nous avons déjà parlé (§ 30), et qui a jugé les prétentions élevées par les seigneurs fonciers sur la succession d'un paysan décédé. Cette décision a établi que, dans le cas où le paysan laissait des héritiers, la succession devait être partagée en trois parts, dont l'une était destinée à la création des μνημόσυνα, l'autre aux héritiers et la troisième au propriétaire foncier[6]. En l'absence d'héritiers, ce dernier re-

[1] Comp. *Ducange*, vis Δεκάδα, Δεκατάριδες, et dans l'*Appendice*, vis Δεκάδα et Δεκατισμοί, pour ce qui est relatif à l'impôt du dixième. Comp. aussi Πεῖρα, XXXVII, 2; Harmenopule (note 2, p. 34) désigne toutes ces charges réelles sous les noms de δεκατίαι καὶ δοσίματα. Le Code moldave parle de même d'une façon générale des ἀποδεκατώσεις καὶ δοσίματα. — Pour l'époque de la domination française en Grèce, les urbaires dont nous avons parlé dans la note 2, p. 15, ainsi que des chartes athéniennes des années 1387, 1431 et 1437, sont très-instructifs. Buchon, *Nouvelles recherches*, II, p. 221, 290, 297.

[2] Coll. IV, Nov. 30.

[3] Coll. V, Nov. 2.

[4] *Ibid.*, Nov. 44.

[5] *Ibid.*, Nov. 26. On trouve des énumérations semblables dans Coll. V, Nov. 23, 28, et dans les chrysobulles qui ont été publiés par la Χρονογραφία τῆς Ἠπείρου. Ἐν Ἀθήναις, 1856, II, p. 294 et suiv. Peut-être quelque savant grec sera-t-il un jour assez heureux pour trouver la signification de ces charges et redevances, dont quelques-unes sont des énigmes pour nous.

[6] C'est la τριμοιρία de la Grèce moderne.

cueillait la moitié de l'hérédité, l'autre moitié était affectée aux μνημόσυνα. La part du propriétaire est appelée ἀδιωτίκιον, terme qui rappelle l'expression juridique allemande *mortuarium*.

§ 62. — Dispositions édictées pour la protection des paysans libres.

Après les paysans des domaines impériaux qu'on favorisait de diverses manières, afin de leur faciliter l'accomplissement de leurs prestations, les paysans libres étaient d'une importance spéciale pour l'Etat, parce qu'ils constituaient la source par excellence d'où l'on tirait le recrutement des armées, et parce qu'on leur faisait acquitter plus facilement les différentes charges publiques qu'aux propriétaires fonciers puissants et placés à l'abri de leurs priviléges.

Néanmoins le cours des événements hâtait de plus en plus la ruine des paysans libres, possesseurs de terres.

Le zèle religieux, les aspirations vers la délivrance des maux et des vicissitudes de la vie mondaine, la tendance vers une existence contemplative, particulière aux Orientaux, toutes ces causes poussèrent un grand nombre de personnes vers la vie ecclésiastique ou monastique et amenèrent la création d'églises et de couvents. Il s'ensuivit qu'une quantité considérable de terres[1] tombèrent directement ou indirectement au pouvoir des églises et des couvents, qui les firent cultiver soit par des moines, soit par des emphytéotes, des fermiers ou des communautés de paysans.

En même temps qu'une partie des terres appartenant à des paysans libres passait ainsi entre les mains de l'Eglise, de même les riches et les puissants cherchèrent constamment à augmenter leurs domaines, en achetant aux paysans libres les terres dont ceux-ci étaient possesseurs. La principale cause de cette tendance consistait bien moins dans le désir d'étendre leur pouvoir — car, avec le despotisme oriental, il n'y avait guère lieu de compter sur un pareil pouvoir — que dans l'absence de tout

[1] Coll. III, Nov. 19 : Τῆς πλέθρα μυρία ἐι πολυπλέθρων ἀγρῶν καὶ χωρίων κτῆσις. — Coll. III, Nov. 29, c. 3 : Ὅτι πολλὰ τῶν χωρίων εὑρίσκονται βλαπτόμενά τε καὶ ἀδικούμενά, τινα δ' ἀφανιζόμενα παρ' ὀλίγον ἀπὸ τῆς τῶν μοναστηρίων ἀφορμῆς.

crédit. En effet, à une époque où le commerce et l'industrie étaient ruinés, où le prêt à intérêt était parfois prohibé, où les prêts hypothécaires ne présentaient aucune garantie[1], il était impossible d'employer les fonds disponibles à autre chose qu'à l'acquisition de terres; et pour arriver à ces fins, on exploitait avec le plus d'ardeur le moment où les paysans possesseurs de terres étaient le plus opprimés et écrasés par toutes sortes de maux.

L'empereur Léon le Sage[2] avait expressément permis, contrairement à la défense de Justinien[3], à tous les hauts fonctionnaires (ἄρχοντες) — à l'exception du στρατηγός dans son éparchie — d'acquérir des propriétés foncières. Cette permission avait dû être saisie avec avidité, et l'achat des terres des paysans par les fonctionnaires puissants avait dû éveiller l'attention du pouvoir, car en l'an 922 l'empereur Romanus Lacapenus décida tout spécialement[4] dans sa Novelle — dans laquelle il avait déjà au moyen de la προτίμησις (§ 58) accordé aux paysans une certaine protection contre des acquisitions de cette espèce — que les personnages puissants, δυνατοί, ne devaient rien accepter de gens d'une classe inférieure[5], à moins que ce ne fussent des parents, et ne pourraient ni acheter ni échanger des terrains appartenant à des paysans et situés dans de communes dans lesquelles ils n'avaient pas eux-mêmes des propriétés, et ce sous menace de fortes peines. Ce n'est qu'au bout de dix ans d'une possession paisible de parcelles acquises dans ces conditions qu'ils étaient mis à l'abri des réclamations du fisc et de ceux à qui appartenait la προτίμησις.

Bientôt après, dans les années 927 à 932[6], il survint une effroyable misère, à la suite de mauvaises récoltes et d'hivers rigoureux. La famine qui régnait au sein des populations rurales

[1] Comp. § 81 et suiv.

[2] Coll. II, Nov. 84.

[3] L. *un*, C. *De contract. judicum*, 1, 53.

[4] Coll. III, nov. 2, c. 2. — Dans la Πεῖρα, XV, 10, la différence qui existait entre l'époque de Léon (note 2, p. 63) et l'époque postérieure, en ce qui concerne les δυνατοί, est relevée d'une façon saisissante.

[5] Et notamment ne rien accepter ὡς ἐπί τινι προστασίᾳ καὶ συνδρομῇ, note 2, p. 43.

[6] Comp. note 3, p. 58.

fut exploitée par les puissants et les riches, qui n'accordèrent de crédit et de secours qu'à la condition de l'abandon de la terre[1]. L'heure était proche où, grâce à l'expiration du délai décennal fixé par l'empereur, toutes ces acquisitions allaient être juridiquement légitimées et acquises à leurs propriétaires. Mais alors l'empereur Romanus édicta une nouvelle réglementation (septembre 934[2]): d'un côté, ἐπὶ τοῖς φθάσασι, pour réparer l'injustice commise dans les dernières années envers les paysans pauvres; d'un autre côté, ἐπὶ τοῖς μέλλουσι, afin d'empêcher dorénavant le retour d'un semblable état de choses.— C'est avec cette Novelle que commence la lutte de la législation contre l'oppression, si funeste aux intérêts publics, des paysans libres par les δυνατοί, lutte qui s'est continuée jusqu'à la fin du dixième siècle.

Après les édits de l'empereur Romanus Lacapenus, les Novelles suivantes ont eu pour objet de poursuivre les mêmes réformes :

a. Celle de Constantin Porphyrogénète, de l'an 947. — Coll. III, Nov. 6 ;

b Celle de Romanus Junior, de 959-963. — Coll. III, Nov. 15;

c. Trois édits de Nicéphore Phocas, de 964 et 967. — Coll. III, Nov. 19, 20, 21 ;

d. Deux édits de Basile Porphyrogénète, de 988 et 996. — Coll. III, Nov. 26, 29.

[1] Coll. III, Nov. 5, c. 1. Πολλοὶ γὰρ ἀφορμὴν ἐμπορίας τὴν τῶν πενήτων λαβόμενοι ἀπορίαν, ἣν ὁ πάντα φέρων χρόνος ἤνεγκε,... ἀντὶ φιλανθρωπίας, ἀντὶ οἴκτου, ἀντὶ χρηστότητος, λιμῷ πιεζομένους ὁρῶντες τοὺς πένητας, οἱ μὲν ἀργυρίῳ, οἱ δὲ χρυσίῳ, οἱ δε σίτῳ ἢ ἄλλαις τισιν ἐπιδόσεσιν εὐώνως τὰς τῶν ἀτυχούντων πενήτων ἐξωνήσαντο κτήσεις. Coll. III, Nov. 8, c. 3 : Ἦν ὁλοσχερὴς τῶν πραγμάτων ἀνατροπή,... καὶ πᾶς τις τῶν ἐν δόξῃ κραταιῶν πασσυδεὶ χώρας ἀπεριγράπτους ἀποτεμνόμενος ἐν ἀνδραπόδων λόγῳ τοὺς ἀθλίους ἐνέταττε κτήτορας.

[2] Coll. III, Nov. 5. Dans les Novelles de l'auteur, c'est l'année 935 qui est indiquée. La huitième *indictio*, d'où la Novelle est datée, tombe en grande partie dans l'année 935, mais le mois de septembre tombe encore dans l'année 934. — La Novelle de l'an 922 n'est pas expressement citée par l'empereur dans cette nouvelle ordonnance. (Comp. les Nov. de l'auteur, p. 245, note 19, p. 248, note 71, et plus bas la note 1, p. 66.) Mais il est évident que la prescription décennale oblie par la première a été l'occasion de la seconde.

L'ensemble de ces Novelles peut être résumé dans les propositions suivantes :

1° Sont considérés comme δυνατοί les μάγιστροι ἢ πατρίκιοι, les ἀρχαῖς ἢ στρατηγίαις, ἢ πολιτικοῖς ἢ στρατιωτικοῖς ἀξιώμασι τετιμημένοι, ou en général εἰς συγκλήτου βουλὴν ἀπηριθμημένοι, les θεματικοὶ ἄρχοντες ἢ ἀπάρχοντες[1], puis les métropolitains, archevêques, évêques, supérieurs de couvents, ἐκκλησιαστικοὶ ἄρχοντες et τὴν προστασίαν καὶ ἐπικράτειαν τῶν εὐαγῶν ἢ βασιλικῶν οἴκων ἔχοντες[2]. Les ordonnances qui concernent ces δυνατοί sont aussi applicables à tous ceux qui sont riches ou qui jouissent d'une grande considération[3]. Basile Porphyrogénète ne se contente pas seulement de confirmer ces divers points, il ajoute même aux δυνατοί les σχολαρίους et les πρωτοκεντάρχους[4].

2° A l'avenir, il est défendu aux δυνατοὶ, εἴτε εἰς χωρίον ἢ εἰς ἀγρὸν ἢ καθόλου ἢ μερικῶς ὑπεισελθεῖν, c'est-à-dire d'acheter une bourgade, un hameau[5], soit en tout, soit en partie, ni pour eux-mêmes, ni pour les domaines impériaux, ni pour les couvents et les églises, soit de les acquérir directement ou indirectement au moyen d'une personne interposée. Le mode d'acquisition importe peu, que ce soit une vente, une donation, un legs[6], etc. Désormais le δυνατός qui acquiert une parcelle est

[1] Dans l'épilogue de la Novelle on mentionne les ἀρχαῖς ἢ ἐξουσίαις ἢ ὅλως βασιλικοῖς ἀξιώμασι τετιμημένοι, ἢ πολιτικοὶ, ἢ στρατιωτικοὶ, ἢ θεματικοὶ ἀρχοντες ἢ ἀπάρχοντες.

[2] Coll. III, Nov. 5, c. 1.

[3] *Ibid.*, c. 3. Dans l'épilogue on les appelle ἄλλως κοσμικῆς ἢ ἱερατικῆς δόξης τυγχάνοντες ; la Coll. III, Nov. 2, c. 2, y ajoute aussi ceux qui διὰ τῆς ἑτέρων δυναστείας, πρὸς οὓς πεπαῤῥησιασμένως ᾠκείωνται, ἱκανοί εἰσιν ἐκφοβῆσαι τοὺς ἐκπιεζοῦντας ἢ πρὸς εὐεργεσίας ὑπόσχεσιν τὴν πληροφορίαν αὐτοὺς παρασχεῖν. — Nov. 6, c. 2 : Δυνατὸς ἢ προσῳκειωμένος δυνατῷ.

[4] Coll. III, Nov. 29, c. 1. En ce qui concerne les σχολάριοι, l'empereur se trompe lorsqu'il dit que déjà sous Romanus on les avait comptés parmi les δυνατοί. Constantin avait même décidé le contraire. Coll. III, Nov. 6, c. 2; Nov. 8, c. 1.

[5] L'expression ἀγρός ou ἀγρίδιον désigne un petit hameau composé de fermes isolées. — Χωρίον désigne un petit village où les habitations sont agglomérées. *Ducange*, vis Κωμόπολις et Χωρά.

[6] Coll. III, Nov. 5, c. 1, mentionne la κληροδοσία. La succession *ab intestato* est en tous cas permise. La Coll. III, Nov. 2, c. 2, autorise en général l'acquisition de biens du chef de parents, et la Coll. III, Nov. 20, semble même considérer comme permise la γονικὴ κληροδοσία.

tenu de la restituer ἀναργύρως, c'est-à-dire sans indemnité, avec toutes les améliorations qui y auront été faites, au vendeur ou à ses ayants droit, et dans le cas où ceux-ci n'existent plus, aux habitants, οἰκήτορες, de la bourgade ou du hameau; et à titre de peine il est obligé d'en payer la valeur au fisc, ou doit être puni en proportion [1].

La Novelle de Romanus Lacapenus ne dit pas s'il y avait une prescription au profit de ces acquisitions prohibées. Mais il paraît qu'en principe l'usage avait fait admettre une prescription de quarante ans — sans doute par analogie de ce qui se pratiquait pour les biens appartenant aux militaires [2]. Basile Porphyrogénète [3] a toutefois absolument condamné cette manière de voir. Nicéphore Phocas a admis une exception à cette règle : lorsqu'un δυνατός possède un bien patrimonial dans un village ou un hameau et acquiert de συγχωρίται quelques minimes parcelles et y élève des constructions coûteuses, il n'est pas tenu de les restituer, mais il doit donner le double de la valeur ou une portion de terre double au vendeur ou à ses héritiers [4].

Lorsqu'un δυνατός avait l'intention d'aliéner le domaine qu'il possédait depuis longues années dans un village, un autre δυνατός qui n'était pas établi dans la contrée ne pouvait acquérir ce domaine, suivant la Novelle de Romanus Lacapenus. — Mais Nicéphore Phocas ordonna que dans ce cas l'aliénation serait valable, à la condition néanmoins que l'acquisition ne fût faite que par un seul et même δυνατός; encore le nouvel acheteur était-il déclaré déchu de sa propriété, s'il causait quelque préjudice aux συγχωρίται [5].

[1] Coll. III, Nov. 2, c. 2; Nov. 5, c. 1, et épilogue. — Il est surprenant que l'on n'ait pas précisé à quel ayant droit la restitution devait être faite; et d'autre part que les ayants droit à la restitution ne soient pas identiquement les mêmes que ceux à qui appartient le droit de voisinage. Faut-il restituer avec les biens les fruits récoltés? — Πεῖρα, IX, 2.

[2] Πεῖρα, IX, 4; Coll. III, Nov. 8, c. 1; Nov. 20, c. 2.

[3] Coll. III, Nov. 29, c. 1. — On avait aussi soutenu que les χωριταί qui se trouvaient dans un circuit de cent lieues autour de Constantinople ne tombaient pas sous le coup de la Novelle de Romanus, parce qu'ils étaient censés faire partie de la ville (l. 1, § 4, D. *De off. præf. Urb.*). Mais la Novelle de Basile fut interprétée comme condamnant cette prétention. — Πεῖρα, LI, 9.

[4] Coll. III, Nov. 21. Parmi les héritiers du vendeur on compte aussi des συγκληρονόμοι. Entend-on aussi par là les συγχωρίται?

[5] Coll. III, Nov. 20, c. 1.

Lorsqu'un paysan, possesseur de biens, se fait moine, la Novelle de Romanus lui défend de transférer sa possession au couvent[1]. Nicéphore Phocas élargit cette prohibition en décidant qu'en général nul ne pouvait transmettre de possession territoriale aux églises et aux couvents[2]. Mais Basile Porphyrogénète abolit de nouveau cette interdiction absolue[3] et rétablit l'ancien droit, à quelques légères modifications près[4].

Lorsqu'un δυνατός a acquis des villages ou hameaux, en tout ou en partie, avant la promulgation de la Novelle de Romanus, c'est-à-dire avant le mois de septembre 934 (ou avant l'*indictio* VIII), on distingue si l'acquisition est antérieure à l'époque de la famine ou si elle a eu lieu entre la première et la huitième *indictio*. Dans la première hypothèse, l'acquisition est valable, pourvu qu'elle soit revêtue des autres conditions exigées en pareil cas[5]. Dans la deuxième hypothèse, les terres achetées sont restituées à leurs anciens propriétaires et à leurs parents et héritiers, ou aux ἀλλῶς συντελοῦντες, ou à l'ensemble des habitants de la commune. — Cette restitution s'opère sans indemnité lorsqu'il s'agit d'une δωρέα ou κληροδοσία ou de quelque autre σεσοφισμένη ἐπίκτησις ἢ ἁρπαγή[6]; par contre, s'agissait-il d'une vente véritable, réelle, ceux qui rentraient en possession des biens vendus étaient tenus de restituer le prix de vente au δυνατός[7]. Toutefois cette dernière obligation a varié suivant les temps[8]. Constantin Porphyrogénète, tout en maintenant les dis-

[1] Le chapitre VIII de la Novelle, qui semble tout au moins concéder aux couvents la valeur des terres, ne se rapporte qu'aux cas de transmission desdits biens. *Michael Attalensis* explique différemment ce chapitre. Comp. les Nov. de l'auteur, p. 242, note.

[2] Coll. III, Nov. 19. Il tolérait seulement κελλία καὶ τὰς καλυμένας λαύρας ἐν ἐρήμοις οἰκοδομεῖν, μὴ πρὸς κτήσεις καὶ ἀγροὺς ἑτέρους ἐκτεινομένας.

[3] Coll. III, Nov. 26.

[4] *Ibid.*, Nov. 29, c. 3.

[5] *Ibid.*, Nov. 5, c. 4; Nov. 20, c. 2; Πεῖρα, IX, 10. La preuve incombe au δυνατός et se trouve limitée aux moyens de preuve admis par la Novelle de Basile Porphyrogénète. Coll. III, Nov. 29, c. 1, 2; Πεῖρα, IX, 6; XXIII, 3; Coll. IV, Nov. 35, c. 1.

[6] Par exemple, une vente moyennant un prix inférieur à la moitié de la valeur. Coll. III, Nov. 5, c. 6.

[7] Coll. III, Nov. 5, c. 2.

[8] *Ibid.*, Nov. 5, c. 5, 8.

positions dont nous venons de parler, a substitué au délai fixé par Romanus, c'est-à-dire au mois de septembre 934, le jour de son avénement au trône, en l'an 945[1]. Une disposition semblable a été prise par Romanus Junior, dans un édit qui ne contient du reste que quelques solutions pratiques et usuelles[2].

La défense faite aux δυνατοί d'acquérir des villages et des hameaux ou des possessions rurales, en général, a été considérée comme toujours en vigueur pendant plusieurs siècles. Michel Psellus et Michel Attalensis dans le onzième siècle, l'*Ecloga Basilicorum*, liv. I-X, dans le douzième siècle, le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον et le *Prochiron auctum* dans le treizième siècle en font foi[3]. Il semble cependant qu'elle soit tombée peu à peu en désuétude : Harmenopule dit qu'elle est depuis longtemps surannée[4].

Le nombre des paysans libres a donc dû diminuer de jour en jour dans les derniers temps de l'empire byzantin. La disparition de cette classe de personnes n'a pas eu une médiocre influence sur la chute de l'empire. Pour la population rurale il ne s'agissait, pendant l'agonie de l'empire, que de passer d'un maître à un autre; comment donc ces malheureux opprimés n'auraient-ils pas senti plus d'espérance que de crainte en voyant venir un nouveau maître[5]?

§ 63. — Les Biens des militaires.

Indépendamment des grandes propriétés (c'est-à-dire des domaines impériaux, de ceux des églises, des couvents et des δυνατοί) et des communes rurales libres, on distingue encore dans le droit byzantin une espèce particulière de propriété foncière, celle des militaires, στρατιωτικὰ κτήματα, στρατιωτοτόπια[6].

[1] Coll. III, Nov. 6.

[2] *Ibid.*, Nov. 15.

[3] Voy. le passage y relatif dans les Novelles de l'auteur, p. 234, note ; p. 242, note; et p. 307, note.

[4] *Harm.*, III, 3, 112 : Ἀργῆσαν πάλαι.

[5] Le même phénomène se produisit lorsque les conquérants allemands s'emparèrent de l'empire romain d'Occident.

[6] Dans la Coll. III, Nov. 11, c. 4, on les appelle τόποι τῆς στρατείας ἤτοι ὑπὲρ τοῦ στρατεύειν οἰκονομίαι ; dans la Coll. III, Nov. 8, c. 1, on les appelle κτήματα ἐξ ὧν αἱ στρατεῖαι ὑπηρετοῦνται. — Cujas et d'autres auteurs ont

Suivant une organisation qui remonte jusqu'aux premiers temps de l'empire romain, on distribuait, en place de la solde, aux soldats des frontières, ainsi qu'aux volontaires appartenant pour la plupart à des peuplades étrangères, des terres situées sur les confins de l'empire, quelquefois aussi dans l'intérieur des provinces (*terræ limitaneæ vel castellorum*), affranchies de charges et de redevances, mais avec l'obligation du service militaire, et en particulier de la défense de la frontière. — Les vétérans sollicitaient aussi l'obtention de ces terres, avec l'engagement de faire servir leurs fils. Les terres de cette catégorie n'étaient pas susceptibles d'aliénation pure et simple; elles se transmettaient, avec les charges qui leur étaient inhérentes, aux enfants des possesseurs ou à tous autres acquéreurs.

Cette organisation subsistait encore du temps de Justinien [1], elle reçut peut-être même une nouvelle application plus étendue lors de la création et du rétablissement des nombreux châteaux que cet empereur établit pour la protection des frontières et des défilés (κλεισούραι). Mais elle semble être tombée dans une décadence complète, lors des invasions et des guerres civiles qui ravagèrent l'empire à partir du septième siècle.

Ce n'est que vers le dixième siècle que les empereurs s'efforcèrent de nouveau de rétablir ou de maintenir dans leur intégrité les anciennes στρατιωτοτόπια.

Tout d'abord c'est Romanus Lacapenus qui, en l'an 922, édicta à la fin de sa Novelle περὶ Προτιμήσεως [2] les dispositions que voici : « Nous ordonnons en outre que tous les domaines militaires qui ont été aliénés depuis trente ans, de quelque manière que ce soit, ou qui seraient aliénés dans la suite, retournent à leur destination première, sans indemnité en ce qui concerne l'obligation du service militaire, à moins qu'après l'aliénation il ne reste au soldat une somme égale à celle qui est nécessaire à l'achat d'un nouvel équipement [3]. Dans le cas

déjà appelé l'attention sur la similitude qui existe entre ces biens de militaires et les *feuda*.

[1] L. 2, 3, C. *De fundis limitrophis*, II, 60.

[2] Coll. III, Nov. 2, c. 3.

[3] C'est ainsi que je comprends les ὅσον τῷ στρατευομένῳ πρὸς τὴν τῆς νέας στρατείας σύστασιν ἐξαρκεῖ.

où il y a un déficit, l'aliénation est annulée jusqu'à concurrence de la somme qui est nécessaire pour parfaire la différence. »

C'est ensuite la Novelle de l'empereur Constantin Porphyrogénète, de l'an 945-959 [1], qui s'occupe avec plus de détails encore de cette matière. — C'est cette Novelle qui servit de point de départ aux nouvelles dispositions complémentaires ou modificatives qui furent adoptées plus tard soit par Constantin lui-même [2], soit par *Romanus Junior* [3], soit par *Nicéphore Phocas* [4], Après quelques prescriptions générales concernant les dissipations commises par les soldats [5], ces Novelles posent les principes suivants :

1° Les κτήματα ἐξ ὧν αἱ στρατεῖαι ὑπηρετοῦνται doivent avoir une valeur de 4 livres d'or pour les cavaliers et les ἐπὶ τὸν στόλον ἀποτεταγμένοι πλώϊμοι τοῦ δὲ Αἰγαίου πελάγους καὶ τῆς Σάμου καὶ τῶν Κιβυρραιωτῶν ; pour les autres πλώϊμοι une valeur de 2 livres seulement. Nicéphore exige en général une valeur de 4 livres, et pour les κλιβανοφόροι et ἐπιλωρικοφόροι en particulier une valeur de 12 livres d'or. Au besoin, le soldat doit prendre sur ses autres biens pour donner à son domaine militaire la valeur exigée par les règlements.

2° Avec ce κτῆμα le soldat doit pourvoir à son entretien — non-seulement celui qui fait un service actif, mais aussi celui qui a obtenu une *honesta* ou une *causaria missio* [6]. Ses héritiers légitimes ou testamentaires [7] en héritent, avec l'obligation du

[1] Coll. III, Nov. 8. Il est surprenant que Constantin n'ait aucune connaissance de la Novelle de Romanus de l'an 922 (comp. note 2, p. 64) et qu'il ne s'appuie que sur les anciens usages.

[2] Coll. III, Nov. 11, c. 4.

[3] *Ibid.*, Nov. 15 et 16 (de l'an 962).

[4] *Ibid.*, Nov. 18 et 20 (de l'an 967) et 22.

[5] Le soldat ne doit être employé par personne ἐν παροίκου λόγῳ ou à des services domestiques, sous peine d'une amende qui est, suivant le cas, de 36, 24 ou 6 νομίσματα. — Coll. III, Nov. 8, c. 3. Cette pénalité a quelque analogie avec les estimations légales des *tirones* dans le Code théodosien, VII, 13, 7, 13.

[6] C'est ainsi que l'auteur traduit les mots : Οὐ τοὺς καθοσιωμένους μόνον ταῖς ἱεραῖς λεγεῶσι τῶν στρατιωτῶν, ἀλλὰ γὰρ δὴ καὶ τούτους, οἱ διά τινα τύχης ἐπήρειαν (l'âge ou l'*invalidité*) ἐπιδεεῖς ὀφθέντες ἀδωρείας (immunité) ἐνδίκως τετυχήκασι. Dans la c. 3 la *missio* est appelée ἀστρατεία.

[7] Constantin n'appelle à titre d'héritiers que les parents jusqu'au sixième degré.

service militaire, excepté lorsque ce sont des δυνατοί. Lorsqu'il existe plusieurs héritiers, ceux-ci sont tenus ensemble, et dans la mesure de leurs parts héréditaires, de fournir un homme.

3° Les biens militaires sont inaliénables en règle générale, et à quelques rares exceptions près Il faut distinguer si ces biens sont inscrits en cette qualité dans les cadastres [1] (ἐν τοῖς στρατιωτικοῖς κώδιξιν), ou s'ils n'y sont pas inscrits. Il est absolument défendu de vendre ceux qui sont placés dans la première catégorie, même lorsque la valeur totale dépasserait celle qui est prescrite. Quant à ceux qui appartiennent à la dernière catégorie, on ne peut les vendre que jusqu'à concurrence d'une valeur représentative de 4 livres d'or, dont le soldat doit rester nanti.

Les biens militaires, de même qu'ils ne sont pas susceptibles d'être aliénés, ne peuvent être ni confisqués ni expropriés au profit du fisc.

4° En aucun cas les biens militaires ne sont susceptibles de passer par voie d'hérédité ou d'aliénation aux ἀξιωματικοί ou δυνατοί. — Suivant Nicephorus Phocas, les aliénations permises par la loi ne peuvent être consenties qu'en faveur d'autres soldats.

5° Tant que la prescription n'est pas accomplie [2], les biens militaires aliénés peuvent être revendiqués en premier lieu par le vendeur, ensuite, et suivant les classes, par leurs héritiers, leurs camarades et frères d'armes (συνδόται καὶ σύναιχμοι), puis par les συντελεσταὶ ἀπορώτεροι στρατιῶται, enfin même par les πολιτικοὶ συντελεσταί. — Il va sans dire que celui qui exerce l'éviction est tenu de supporter lui-même la charge du service militaire et, suivant les cas, doit ou ne doit pas indemniser l'acheteur évincé.

L'établissement des κτήματα στρατιωτικά semble s'être maintenu dans son ensemble jusqu'à la chute de l'empire byzantin. Non seulement Michel Attaleïsis et le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον,

[1] L. 2, C. *De fundis limitr.*, 11, 60 : *Quibus adscripta sunt et de quibus judicavit antiquitas.*

[2] La Coll. III, Nov. 8, parle d'une prescription de quarante ans, tandis que dans la Novelle 18 (de même que dans la Novelle 5, c. 3) il n'est question que d'une prescription trentenaire. La Novelle 18 admet en outre divers autres délais en faveur des soldats arméniens.

mais même Harmenopule [1], considèrent les différentes dispositions qui les régissaient comme étant toujours observées en pratique. Il resterait à rechercher si les conquérants turcs se sont assimilé cette institution, et, le cas échéant, de quelle manière ils ont procédé.

§ 64. — Conclusion.

L'étude à laquelle nous nous sommes livré jusqu'à présent nous a dévoilé le tableau intéressant du droit qui régissait la propriété foncière dans les derniers siècles de l'empire byzantin.

Une grande partie de cette richesse immobilière se trouvait en la possession de l'empereur ou du fisc : d'un côté, les domaines isolés avec leurs πάροικοι, domaines dont le nombre augmentait de temps en temps par suite de la confiscation de la fortune de puissants personnages tombés en disgrâce, ou diminuait par suite de donations impériales [2]; — d'un autre côté, tous les fonds qui ne faisaient pas l'objet d'une possession privée, par exemple les nombreux ὀλόπτωτα et κλασματισθέντα, dont le fisc cherchait à tirer un revenu, soit en les aliénant, soit en les donnant à ferme, moyennant diverses redevances.

Une autre portion très-considérable de la propriété foncière appartenait aux églises et aux couvents : tout le pays était couvert de μοναστήρια et de μοναί ou de petits μονίδρια, λαῦραι, κελλία, et tous ces couvents, grands ou petits, avaient des propriétés plus ou moins étendues, cultivées par les moines eux-mêmes ou par les πάροικοι corvéables qui les habitaient. Il est vrai que cette catégorie de terres était, en règle générale, soumise au payement de l'impôt foncier, mais elle était affranchie de toutes les autres prestations et redevances extraordinaires.

La portion de la propriété foncière qui constituait la propriété particulière et privée proprement dite, se divisait en ἰδιόστατα, στρατιωτικά, et ἀνακοινώσεις χωρίων.

Les ἰδιόστατα, c'est-à-dire les biens qui étaient placés en de-

[1] *Mich. Attal., in Append.*; — Μικρὸν, N, c. 43;—*Harm.*, I, 16, 7 et suiv.; III, 3, 114.

[2] Coll. IV, Nov. 64, 73, 83.

hors d'un territoire communal et indiqués dans le cadastre comme constituant des propriétés isolées et indépendantes, se trouvaient, lorsqu'ils ne formaient pas la propriété des églises ou des couvents, entre les mains des δυνατοί, qui les cultivaient quelquefois eux-mêmes, mais qui les affermaient la plupart du temps, par exemple à des ἡμισειασταί, ou qui les faisaient valoir par leurs πάροικοι.

Les στρατιωτικά étaient en la possession des militaires et des vétérans; ils étaient exempts d'impôts.

Les fonds qui faisaient partie d'un territoire communal appartenaient à des possesseurs ruraux; tantôt ils étaient possédés d'une manière indivise, et tantôt divisés en lots (μερίδες ou στάσεις). Ces possesseurs se trouvaient dans une situation lamentable : ils étaient accablés non-seulement par l'impôt foncier, mais encore par de nombreuses prestations extraordinaires à fournir soit à l'État[1], soit à certains seigneurs sous la protection desquels ils avaient été placés, ou dont ils avaient recherché l'appui de leur plein gré. C'est pourquoi ils étaient et s'appelaient généralement πένητες[2].

Aucune propriété immobilière n'était susceptible d'être aliénée sans les charges qui lui incombaient. Les aliénations étaient interdites soit d'une manière absolue (par exemple, celles qui concernaient les domaines impériaux, ceux des églises et des couvents), soit d'une manière relative. Les dispositions concernant les δυνατοί et les στρατιωτικά avaient été tellement radicales, que Nicéphore Phocas[3] pouvait dire d'une manière générale : Τοὺς μὲν δυνατοὺς ἐκ δυνατῶν μόνον ποιεῖσθαι τὰς ἐξωνήσεις βουλόμεθα, τοὺς δὲ στρατιώτας καὶ πένητας ἐκ τῶν τὴν ὁμοίαν τάξιν

[1] Comp. notes 2 et 4, p. 61.

[2] Dans un sens plus étroit du mot, on ne considère encore aujourd'hui (de même que dans une certaine mesure d'après l'ancien droit romain — [l. 10, c. *De accusat.*, 42, 2]) — comme πένητες que ceux qui ne possèdent pas 50 νομίσματα. — Coll. III, Nov. 6, c. 2; Nov. 15. (Comp. aussi *Proch.*, XXVII, 22; *Basil.*, ed. Heimb., II, p. 385, schol. 2; Πεῖρα, XXX, 2; *Mich. Attal.*, XIII, 4; *Harm.*, I, 6, 33.)

[3] Coll. III, Nov. 20. — L'empereur Andronic confirma en l'an 1319 aux habitants de *Joannina* l'ancien droit suivant lequel οὐδὲν ἔχωσιν ἄδειαν πωλεῖν τινα ἀπὸ τούτων (à savoir de leurs κτήματα) πρὸς ἄρχοντα τοπικὸν ἢ στρατιώτην, εἰ μὴ διαπωλεῖν αὐτὰ πάλιν πρὸς καστρινούς. — Χρονογραφία τῆς Ἠπείρου, II, p. 305.

λαχόντων αὐτοῖς. Indépendamment de cette règle générale, il y avait encore les cinq degrés de la προτίμησις qui restreignaient sensiblement la libre disposition de la propriété foncière. Et sans qu'il soit nécessaire d'insister longuement sur cette matière, on comprendra que le crédit foncier, sous une législation semblable, devait être absolument anéanti [1].

Ce tableau du droit qui régissait la propriété foncière retrace vivement à notre esprit un état de choses analogue à celui qui existait au moyen âge dans les pays occidentaux, ainsi que la distinction entre les terres nobles et les terres roturières, et la distinction entre le seigneur et le manant.

Mais tout en comparant la situation des pays orientaux et occidentaux, n'oublions pas que sous bien des rapports il y avait entre ces pays une différence capitale. Les principaux points de dissemblance sont les suivants :

1° Les Byzantins ne connaissaient d'autre droit successoral pour les différentes espèces de propriété immobilière, que celui qui existait pour le patrimoine mobilier du défunt [2].

2° Les Byzantins n'ont pas connu le lien féodal proprement dit.

Les conquêtes des Français dans l'Orient ont aussi transplanté dans ces pays l'établissement et l'institution des fiefs (φίε) avec tous ses caractères [3], mais le génie oriental ne se prêta pas à l'idée de la foi féodale, réciproque et héréditaire ; même en tant que lien purement personnel, ainsi qu'on cherchait à l'exprimer dans les mots δοῦλοι τῆς βασιλείας et dans le mot θητεύειν, l'institution du fief n'a pas pu prendre de racines profondes [4]. Les petits despotes n'avaient aucune intelligence de l'idée de la vassalité. Le système féodal disparut par conséquent avec la chute

[1] Comp. § 62.

[2] Comp. § 52. — Justinien, dans l'édit 3 et la Nov. 21, avait déjà supprimé les ordres de succession spéciaux des Arméniens et leurs *progenitorialia prædia* (γενεσιαρχικά).

[3] C'est ce que démontrent le plus clairement les *Assises de Jérusalem.*

[4] Les δοῦλοι τῆς βασιλείας sont fréquemment mentionnés, par exemple dans la chronique de Michel Attalensis. Constantin Porphyrogénète parle déjà du θητεύειν, néanmoins d'une manière secondaire. Coll. III, Nov. 8, c. 3. Manuel Comnène l'interdit formellement. Voy. Nov. de l'auteur, p. 504, note 1. Le nom rappelle les θῆτες d'Homère.

de la domination latine, non sans laisser derrière lui quelques traces de son passage, car c'est bien au principe féodal « nulle terre sans seigneur », qu'il faut attribuer cette circonstance que dans la suite on ne mentionne presque plus les biens ruraux indépendants.

Après la chute de l'empire byzantin, le droit que nous avons esquissé plus haut s'est maintenu d'âge en âge, et même jusqu'à nos jours, sauf quelques modifications [1].

La conquête des Turcs n'a atteint en réalité que les domaines de l'État, des églises, des militaires, et les possessions des δυνατοί. Les biens ecclésiastiques furent transformés en grande partie en biens de mosquées; les biens militaires et les possessions des δυνατοί furent donnés par les sultans à leurs favoris et aux soldats, tantôt arbitrairement, tantôt suivant des règles déterminées. Quant à la situation des paysans, elle resta la même; ils avaient seulement changé de maître [2].

Dans les derniers temps on s'est beaucoup intéressé — non pas dans la Turquie, mais dans les principautés danubiennes et le royaume de Grèce — à la consolidation de la propriété foncière et à son émancipation des liens du moyen âge [3]. Puisse-

[1] Voy. dans *Leunclav.*, *Pand. Turcic.*, Nov. 18; Ducange, v° Πάροικοι, quelques renseignements sur la situation des paysans après la chute de l'empire. Plusieurs dispositions et prescriptions relatives à cette matière ont été transplantées de Constantinople en Russie. Il est vrai que l'égalité des paysans dans la jouissance et le partage des biens communaux (note 1, p. 53) semble aussi faire partie de l'ancien droit slave. Mais la propriété de la personne introduite au seizième siècle par un ukase de *Boris Godunoff* n'est qu'un emprunt fait pour des motifs politiques à la législation byzantine relative aux paysans.

[2] Les récits de Geib, dans son *Rechtszustand Griechenlands*, p. 38 et suiv., sont quelque peu différents et attribuent à tort une grande influence au talent d'organisation des Turcs. Voy. Maurer, *das Griechische Volk*, I, p. 152 et suiv. Que les savants d'Athènes veuillent bien, maintenant que nous venons d'exposer ce qui existait dans l'empire byzantin, porter leurs recherches et leurs études sur le développement de ces institutions sous la domination turque.

[3] Le code valaque reproduit encore l'ancien droit. Τμ. γ', κεφ. ς'. (Comp. Miltermaier, *Zeitschrift fur die Gezetzgebung des Auslandes*, XII, p. 425.) Le code moldave donne seulement la théorie générale de la propriété et dit, § 1531 : Τὰ δίκαια καὶ αἱ ἐνοχαὶ ἀναμέσον τῶν δεσποτῶν τῶν ὑποστατικῶν καὶ τῶν ἐπ' αὐτοῖς κατοικούντων χωρικῶν ἀποφασίζονται ἐν τοῖς περὶ τούτων

t-on, dans les réformes ultérieures, ne pas perdre de vue que la législation moderne des peuples occidentaux ne peut pas servir de modèle à ces contrées, et que les us et coutumes du pays exigent qu'on y procède avec une extrême prudence!

LIVRE IV.

DU DROIT DES OBLIGATIONS.

§ 65. — Introduction.

Dans le droit de Justinien, les obligations naissent de contrats, de délits et d'autres causes de même nature.

Les contrats qui ont pour but de créer des obligations ne produisent cependant pas purement et simplement cet effet, et notamment n'engendrent pas toujours une action tendant à l'exécution [1].

Il n'existe que très-peu de contrats qui, à ce titre, engendrent une obligation protégée par une action : ce sont les anciens CONTRATS CONSENSUELS : *emtio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum* et quelques autres contrats produisant le

κώδιξι (c'est-à-dire sans doute les urbaires) τῆς Βεστιαρίας. Dans les deux principautés de grands changements sont intervenus en cette matière, depuis la publication de ces codes, notamment en ce qui concerne l'émancipation des paysans, la sécularisation des biens des couvents. En Grèce, la législation de la propriété foncière n'est pas encore bien fixée, ce qui explique en partie le taux élevé de l'intérêt et les embarras financiers du pays.

[1] L'expression dont se sert Ulpien dans la l. 1, pr. D. *De pactis*, 2, 14, ... *congruum fidei humanæ*, ... *ea quæ inter eos placuerunt, servare*, a une signification toute restreinte. C'est pour ce motif que les Basiliques (liv. XI, tit. I) omettent à dessein ce passage, afin d'éviter tout malentendu. Dans une de ses Novelles (Coll. III, Nov. 17), l'empereur Romanus Junior s'exprime ainsi au sujet du principe de la force coercitive des contrats : Καλὸν ἐῤῥῶσθαι τὰς μεταξὺ τῶν ἀνθρώπων συμφωνίας... ἐπεὶ μηδὲ βιωτὸν ἑτέρως μηδὲ πολιτείαν ἄλλως συστῆναι καὶ βίον τὸν κοινὸν ἐγχωρεῖ· ἄλλως τε καὶ τὸ μὴ ἀδικεῖν..... καλὸν μηδὲ ἐπηρεάζειν μηδὲ τὸν πλησίον ἀκώλυτα παραθλάπτειν.

même effet et admis par la législation postérieure. — Pour ces contrats, le seul accord entre le créancier et le débiteur produit une action juridique parfaite, en ce sens qu'aucun des contractants ne peut se désister isolément de son engagement, à moins de stipulation d'un dédit (ἀρραβών) ou de quelque autre clause de même nature en faveur de l'une ou de l'autre des parties contractantes[1].

Lorsqu'une personne donne ou fait une prestation à une autre, non à titre gratuit, mais parce que celle-ci contracte de son côté une obligation correspondante [2], il en résulte encore une obligation garantie par une action.

Toutefois ce n'est pas le contrat lui-même, c'est bien plutôt le service rendu *ob causam* qu'il faut considérer comme générateur de l'obligation. *Re contrahitur obligatio.* C'est pour ce motif que, dans l'ancien droit, il dépendait entièrement du débiteur d'accomplir ou non l'engagement qu'il avait contracté : il n'était tenu qu'au remboursement de ce qu'il avait reçu. A la vérité, lorsque l'engagement contracté ne consistait que dans la seule obligation de restituer la chose reçue[3] — comme cela ar-

[1] L'*Ecloga* considère un pareil contrat comme ἀτελὲς συνάλλαγμα (XI, 2). En ce qui concerne les louages, Justinien avait statué, contrairement au principe ci-dessus rappelé et à l'ancien droit, que le preneur avait la faculté, ainsi que le bailleur, d'annuler le bail — et ce, pendant le délai d'une année — à moins que les parties n'eussent formellement renoncé à ce bénéfice. L. 34, C. *De locato.* L'*Ecloga*, tit. XIII, fait ressortir cette disposition d'une façon toute particulière; il en est de même pour les *Basil.*, XX, 1, 95, la *Synopsis* et le Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον, M, c. 102.

[2] Ou bien, ainsi que le dit la l. 7, § 4, D. *De pactis*, parce que *subest causa* (*dandi vel faciendi*) *propter conventionem.* L'engagement contracté par l'une des parties (la *conventio*) est pour l'autre partie le sujet (*causa*) de sa prestation ; mais ce n'est pas cette *causa* qui donne à l'obligation l'action utile, c'est la *res*, c'est-à-dire le *dare* ou *facere* qui produit cet effet. Stephanus (*Basil.*, ed. Heimb., I, p. 559) ne saisit pas le sens de ce texte, lorsqu'il fait allusion à une εὔλογος τῆς κονβεντίονος αἰτία, et qu'il ajoute : Εὔλογον δὲ λέγω τὴν μὴ ἄσεμνον. C'est pour ce motif que ses explications touchant le système des contrats en droit romain sont obscures et erronées. Cet auteur se trompe encore ailleurs (par exemple *Basil.*, ed. Heimb., III, p. 1, schol.), et il a lui-même induit plus tard en erreur les jurisconsultes byzantins (par exemple, *Basil.*, ed. Heimb., I, p. 667, schol. 2).

[3] Et non pas encore quelque chose en sus, des intérêts, par exemple. Voilà pourquoi ce qu'on désigne sous le nom de *contractus reales nominati* sont des *gratuita negotia.*

rive pour le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum*, le *pignus*, — l'obligation de restituer se confondait entièrement avec l'engagement contracté, et dans cette hypothèse on pouvait considérer l'action comme résultant directement du contrat. Cette idée reçut plus d'extension dans la législation subséquente; et même dans des cas où l'engagement contracté par le fait d'un service reçu ne consistait pas uniquement dans la restitution de la chose reçue, on accorda au créancier une action résultant du contrat, pour arriver à l'exécution de l'engagement. Mais le lien d'un pareil contrat est toujours resté imparfait, en ce sens que le créancier a le droit d'actionner, soit à fin d'exécution, en vertu du contrat; soit à fin de restitution, par la *condictio ob causam datorum*[1], tant que le débiteur n'a pas encore rempli ses engagements

En dehors des cas dans lesquels *consensu* ou *re contrahitur obligatio*, les contrats générateurs d'obligations ne produisent d'action que dans le cas où ils ont été passés suivant certaines formes.

La forme la plus importante et la plus générale est la forme verbale ou *verbis contrahitur obligatio :* la *stipulation*, ἐπερώτησις. L'essence de cette forme de contrat consiste en ce que l'une des parties demande à l'autre — au moyen d'une formule déterminée — si elle est disposée à se charger de telle ou telle obligation, et que celle-ci donne de la même manière, et en des termes précis, une réponse affirmative à la demande. La stipulation présuppose la présence des parties contractantes. Elle n'est susceptible de produire par elle-même qu'une obligation unilatérale, en ce sens que la partie qui répond est seule liée; mais il peut se faire, afin qu'il naisse un lien réciproque, que cette dernière adresse de son côté une question à l'autre partie, et que celle-ci fasse de même une réponse affirmative. — De cette manière, il est facile de renfermer dans la forme de la stipulation des contrats unilatéraux ou bilatéraux. Et ceci se pratiquait fréquemment, même pour les contrats qui produisaient déjà une obligation et une action soit *consensu*, soit *re*, tantôt dans le but de préciser davantage par la forme de la

[1] Cette action est aussi connue sous le nom de ὁ ἐκ μεταμελείας κονδικτίκιος. — *Basil.*, XXIV, 1, 5, schol. 2.

stipulation l'objet et l'étendue de la convention, tantôt pour se procurer, au lieu de l'action ordinaire résultant de ces contrats, l'action plus énergique résultant de la stipulation[1]. C'est ainsi que, dans tous les cas où l'on consignait les contrats par écrit, le notaire y insérait la clause de la stipulation, et les parties mentionnaient en signant que l'une avait demandé ce que l'autre avait promis[2]. — Bien qu'en pareil cas l'accord des parties n'eût pas été consigné en la forme de demande et de réponse, pourvu que les contractants eussent décidé qu'ils voulaient contracter entre eux une obligation verbale, on considérait cette convention comme une stipulation valable[3]. Il importait peu de savoir si, en effet, une demande suivie d'une réponse avait été faite[4], et on admettait, jusqu'à preuve contraire[5], que les parties avaient été toutes présentes lors de la stipulation.

A côté du contrat verbal, l'ancien droit romain connaissait encore une autre forme au moyen de laquelle un contrat générateur d'obligations pouvait produire une action. Cette ancienne *litteris contracta obligatio* n'est plus admise par le droit de Justinien; et ce que cet empereur cite à sa place[6] ne concerne plus la naissance d'un contrat muni d'une action, mais seulement la force probante d'un titre destiné à le constater.

Par contre, la législation justinienne admet encore d'autres formes qui donnent une action au contrat. Une de ces formes est la

[1] Comp. les scolies de *Thalelæus* dans *Basil.*, ed. Heimb., I, p. 663, 695, pour ce qui concerne ces actions — la *certi condictio* et l'*actio ex stipulatu*.

[2] L. 7, § 12, D. *De pactis*; l. 27, C. *eod.*, *Basil.*, ed. Heimb., p. 571, schol. 27; et p. 695, schol. 4.

[3] C'est là le sens de la constitution de Léon, de l'an 469, dans la l. 10, C. *De contrah. stipul.*, 8, 37. — Cela résulte des mots *compositæ sunt*. *Componere* est le verbe que Thalelæus, dans *Basil.*, ed. Heimb., 1, p. 702, sc. 1, traduit par ὁπαγορεύειν, et cette expression se rapporte, comme le reste, à l'acte instrumentaire dressé par le notaire. L'extrait de cette ordonnance qui, d'après Tipucius, se trouvait dans *Basil.*, XLIII, tit. V, a le même sens. Comp. aussi Theoph., III, 15, 1.

[4] § 17, *J. de inutil. stip.*, 3, 19.

[5] L. 14, *C. de contrah. stipul.*; § 12, *J. de inutil. stip.*, et Theoph., *ibid.*

[6] *Instit.*, III, 22, et Theoph., *eod.* — Comp. cependant *Basil.*, ed. Heimb., II, p. 516, sc. 1, et les dispositions relatives aux livres de commerce et *syngraphæ* des banquiers dans la Novelle 136, et dans l'*Edict. Just.*, IX.

conclusion d'une transaction, διάλυσις, sous l'invocation de Dieu ou par le salut de l'empereur[1]. Une semblable transaction ne crée pas seulement une action, ainsi que cela a lieu pour la *stipulatio*, mais encore cette action entraîne, pour le défendeur qui succombe, une tache d'infamie et la perte de tous les avantages qu'il eût obtenus.

Parfois on exige encore, comme condition de la validité du contrat, l'accomplissement de certaines formalités, et cela à raison de la qualité soit du créancier, soit du débiteur, pour des contrats qui seraient d'ailleurs parfaitement valables. Ainsi, par exemple, on exige un traité écrit pour les προικῶα des *illustres*[2], pour les cautionnements (*intercessiones*) des personnes du sexe féminin[3].

Dans tous les autres cas, la constatation par écrit d'une convention n'a d'importance qu'au point de vue de la preuve[4]. Mais lorsque les parties ont l'intention de conclure la convention par écrit, de quelque nature qu'elle puisse être, la force obligatoire n'intervient dans cette hypothèse que lorsque la constatation par écrit est accomplie, ainsi que les parties l'ont eu en vue[5].

Toutes les autres conventions qui ne rentrent pas dans l'une des catégories ci-dessus mentionnées, sont appelées *nuda pacta* (ψιλὰ σύμφωνα). Considérées comme des conventions accessoires faites à l'occasion d'un contrat principal, elles sont sans doute aptes à produire une action tirée de ce dernier, mais ni dans ce cas ni dans aucun autre elles ne sauraient engendrer une action par elles-mêmes. Toutefois elles ne sont pas dépourvues de toute efficacité. Particulièrement, des pactes nus peuvent, au moyen de l'exception, produire des effets juridiques en ce qui touche l'acquittement de la dette (*nuda pactio actionem non*

[1] L. 41, C. *De transact.*, 2, 4; *Basil.*, ed. Heimb., I, p. 722.

[2] Comp. § 5.

[3] L. 23, § 2, C. *Ad senat.-consult. Vellejanum.*

[4] L. 4, D. *De fide instrum.*, 22, 4; *Basil.*, ed. Heimb., II, p. 483.

[5] L. 17, C. *De fide instrum.*, 4, 21; pr. *J. de emt.*, 3, 23. — *Basil.*, ed. Heimb., I, p. 570, sc. 24, p. 694; II, p. 502. Comp. aussi les Novelles 44, 47, 49, 73, relatives aux formalités légales des actes par écrit pour les affaires judiciaires.

à leurs yeux : le respect de la parole donnée n'était pas considéré comme chose qui allât de soi [1] ; on était, bien au contraire, très disposé à décerner le titre d'homme habile à celui qui parvenait à se dégager à son avantage d'un engagement qu'il avait contracté. Tel était le caractère national, à ce point que du temps de Justinien les préfets du prétoire eurent besoin de rappeler, dans leurs édits [2] à leurs administrés, de τῆς ἐν τοῖς συναλλάγμασιν ἔχεσθαι πίστεως, ou περὶ τὰ συναλλάγματα μετρίους εἶναι, et que l'empereur Romanus Junior [3] fut même obligé de témoigner expressément que, pour le grand nombre des citoyens, la conscience ne se troublait pas quand il s'agissait de tromper pour gagner de l'argent et des avantages terrestres, et de transgresser des contrats ; que même on considérait cette manière d'agir comme irréprochable.

On comprend sans peine qu'avec des mœurs et des idées semblables on ne peut pas s'attendre à rencontrer une simplification progressive des conditions exigées pour qu'une convention fût munie d'une action. Bien au contraire, cet état de choses devait avoir plutôt pour résultat de subordonner la pleine validité des obligations à l'accomplissement de nouvelles formalités.

L'*Ecloga* renferme déjà la trace d'une pareille tendance. Quelle que soit la sécheresse avec laquelle le droit des obligations y est exposé (tit. IX, XIII, et tit. IV, XV), on y remarque [4] la nouvelle prescription d'après laquelle toute transaction devait être consignée par écrit en présence de trois témoins. L'*Ecloga privata aucta* [5] considère cependant comme valable la passation d'un contrat δι' ὁμολογήσεως ἀγράφου ἐπί τινων προσώπων βεβαιουμένης. Mais pour le surplus elle favorise l'emploi de l'écriture d'une manière encore plus accentuée que l'*E-*

[1] La Πεῖρα, XLV, 8, dit expressément : Ἡ ἁπλῆ συναίνεσις πρόκριμα οὐκ ἐπάγει τινί.

[2] Ed. Pr. Pr., 4, 6, dans les Ἀνέκδ. de l'auteur, p. 268, 269.

[3] Coll. III, Nov. 17.

[4] *Ecl.*, tit. XV, § 1. Il en est de même pour les donations. (Voy. plus bas § 68.) La nécessité de mettre par écrit les conventions matrimoniales (προικῶα) est aussi amplement développée dans l'*Ecl.*, II, 3.

[5] Tit. XVI.

cloga. Elle ne semble admettre[1] une vente verbale que dans le cas où la marchandise a été livrée et le prix payé immédiatement. Pour les ventes par écrit, elle n'accorde de recours pour cause de défauts des choses vendues, que dans le cas où la condition a été expressément prévue dans l'instrument du contrat. Elle exige aussi[2], pour les prêts verbaux, la présence de trois témoins.

Ce qui précède démontre clairement que, dans l'opinion générale, la présence de témoins et la rédaction des conventions étaient non-seulement des mesures de prudence destinées à couper court aux dénégations des parties contractantes ou aux efforts faits par l'une d'elles pour se dégager, mais des formalités indispensables pour la validité de la convention. — Cette doctrine fut formulée d'une manière complète dans une Novelle de l'impératrice Irène. (Coll. I, Nov. 27.)

Cette remarquable Novelle prend pour point de départ que notre Seigneur et Sauveur, de même que les apôtres[3] et les Pères de l'Eglise, ont formellement interdit la pratique du serment, et que, pour ce motif, il était mauvais τὰς στραγγαλιὰς τῶν φιλονεικιῶν δι' ὅρκου λύεσθαι. — Partant de ce principe, elle réforme notamment la Novelle 73 de Justinien, relative à la rédaction et la force probante des συμβόλαια, en supprimant le serment rédigé ou permis par cette Novelle, et par contre en aug-

[1] Tit X, § 2, 3 : Β'. Ἄγραφος πρᾶσις καὶ ἀγορασία συνίσταται ἀδόλῳ τῶν συναλλασσόντων συμφωνίᾳ ἐπὶ ῥητοῦ τιμήματος χρυσικῆ ποσότητι· ὁπόταν γὰρ τὸ τίμημα τῷ πράτῃ καταβληθῇ καὶ τὸ πρᾶγμα τῷ ἠγορακότι παραδοθῇ, ἡ πρᾶσις συνίσταται. Καὶ ἐκ μεταμέλου ἑνὸς αὐτῶν τὴν τοιαύτην πρᾶσιν μὴ ἀνατρέπεσθαι. Ἔδει γὰρ αὐτὸν πρὸ τοῦ συναλλάγματος τὸ συμφέρον διερευνᾶν καὶ οὕτω συναλλάσσειν. — Γ'. Ἔγγραφος πρᾶσις καὶ ἀγορασία συνίσταται, ὅτε οἱ συναλλάσσοντες ῥητὴν ἐπὶ τῷ τιμήματι χρυσικὴν ποσότητα περὶ τοῦ πράγματος στιχήσαντες, ὁ μὲν πράτης τὸ τίμημα, ὁ δὲ ἀγοραστὴς τὸ πρᾶγμα κατέλαβεν, καὶ τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα εἴτε ἐξ ἰδιοχείρων, εἴτε ἐξ ἀγοραίου συμβολαίου τετελεσμένου πληρώσωσιν· καὶ εἰ μὲν ἐξ ἀπαρχῆς τοῦ συναλλάγματος περὶ ἐλαττώματος ἦγουν αἰτίας τοῦ διαπραθέντος πράγματος συνεφωνήθη καὶ ἐνεγράφη, ἐρρώσθω τὰ συμπεφωνημένα· εἰ δ' οὐδὲν περὶ ἐλαττώματος ἦγουν αἰτίας τοῦ διαπραθέντος πράγματος ἐμνημονεύθη καὶ ἐνεγράφη, ἀσάλευτον εἶναι τὸ τοιοῦτον συνάλλαγμα, κτλ.

[2] Après avoir parlé des prêts formulés par écrit, elle ajoute dans le titre XI ce qui suit : Κατὰ τὸν ὅμοιον δὲ τρόπον ἐπὶ γ' μαρτύρων καὶ τὸ ἄγραφον συνίσταται δάνειον.

[3] Saint Matthieu, V, 33, 37. — Saint Jacques, V, 12.

mentant le nombre des témoins. Et elle exige d'une manière générale que tous les contrats[1], écrits ou oraux, soient passés en présence de sept ou cinq témoins, προσκληθέντων ἑπτὰ ἢ πέντε μαρτύρων προέρχεσθαι.

En ce qui concerne spécialement la rédaction des contrats écrits, les ταβουλάριοι et νομικοί sont chargés d'écrire, et les témoins de signer, ainsi que c'est l'usage, lorsqu'il s'agit de προικῶα et d'ἐμπερίγραφα παντοῖα[2]; pour les autres contrats, le débiteur qui s'engage doit écrire l'acte entier, et les témoins sont tenus de le signer. Lorsque le premier ne sait pas écrire, il doit faire une croix[3], et le corps de l'acte doit être écrit par un ταβουλάριος ou νομικός, ou par tout autre χειρόχρηστος[4]; dans certains cas particuliers[5] on exige que les témoins signent aussi l'acte; en général, il suffit d'y consigner leurs noms.

Nous n'avons pas besoin d'insister pour faire remarquer que ces dispositions renferment une modification radicale du droit de Justinien. Mais on se demande si tout contrat, pourvu qu'il fût passé devant sept ou cinq témoins, produisait quand même une action, même dans le cas où, suivant le droit de Justinien, il devait être revêtu de la forme de la stipulation, ou bien si, le cas échéant, il était indispensable de recourir à la forme de la stipulation[6]. — D'autre part, cette nouvelle forme était-elle aussi exigée pour les contrats dont l'objet était minime[7], par exemple de la valeur d'une livre d'or ou d'une valeur moindre ?

[1] Outre ceux dont il sera question plus bas, elle cite διαλύσεις, δωρεαί, πράσεις, ἀγορασίαι, δάνεια, παραθῆκαι, c'est-à-dire précisément ceux des contrats dont parle aussi l'*Ecloga*.

[2] Ἐμπερίγραφα s'entendent ici de l'emphytéose et d'autres contrats pareils. Comp. la rubrique du titre XII de l'*Ecloga*. On les appelle aussi ἐκδόσεις, ἐκληπτορικὰ ἔγγραφα. L'auteur a publié un document de cette espèce dans son *Supplementum Basilicorum*, part. IV et suiv.

[3] Cette σιγνογραφία se rencontre dans le document précité, bien qu'elle concerne un ἐμπερίγραφον.

[4] Comp. note 1, p. 476, t. XII, pour ce qui concerne la signification de ce mot.

[5] La finale de la c. 1, se bornant à désigner ainsi ces cas : εἰ ἐστὶν ἀναγκαῖον τὸ ὑπογράψαι τοὺς μάρτυρας, il faut sans doute penser aux cas où l'on exige des *instrumenta quasi publica*.

[6] *L'Ecloga privata aucta* parle aussi de la ἐπερώτησις, notamment pour les promesses de payer des intérêts.

[7] Comp. Nov. 73, c. 8.

— Devait-on considérer comme constituant des *pacta nuda* dans le sens de l'ancienne législation tous les contrats qui avaient été passés sans témoins, ou en présence d'un nombre de témoins inférieur à celui qui était prescrit? — Sur ces questions et d'autres de même nature, les sources du droit ne nous fournissent malheureusement aucune solution satisfaisante.

Remarquons, en terminant, que Léon le Sage, dans la Novelle 72, reconnaît comme juridiquement valable tout contrat écrit [1] où les parties ont elles-mêmes apposé une croix, ou déclaré qu'elles ont traité au nom de la sainte Trinité [2]. Ce n'est qu'une extension de la prescription renfermée dans la loi 41, C. *de Transactionibus* [3], prescription qui acquit une importance d'autant plus grande que l'usage de contracter avec l'accomplissement de cette formalité devint de plus en plus général [4].

§ 67. — Suite. — II. Depuis les Basiliques.

Avec la nouvelle publication du droit de Justinien dans les Basiliques, on rétablit aussi législativement la théorie de cette législation sur la force obligatoire des contrats et les actions qu'elles produisent. Bien que la Novelle de l'impératrice Irène ait été insérée dans quelques recueils de droit subséquents [5], ou dans leurs suppléments, on ne trouve nulle trace de son application pratique, après l'apparition des Basiliques. De même, à partir de cette époque, le droit de l'*Ecloga*, d'après lequel les contrats doivent être passés devant trois témoins, se trouva abrogé [6].

[1] Harmenopule (sc. ad I, 9, 7) rapporte cette disposition aux conventions qui sont reçues par les notaires (ταβελλιωνικά).

[2] C'est-à-dire, ainsi que dit Harmenopule (*loc. cit.*) : Χωρὶς ἐπερωτήσεως καὶ προστίμου.

[3] Voy. § 65, note 2, p. 79. Cette prescription est même attribuée directement à l'empereur Léon par l'*Ecloga*, lib. I, X; *Basil.*, X, 10. Comp. la collection de Nov. de l'auteur, p. 170, note 1.

[4] Il en est ainsi dans le document dont il est parlé à la note 2, p. 79. — Καλλιγᾶς, III, § 47, et Παπαρρηγόπουλος, I, p. 19, 208, sont disposés à reconnaître à la Novelle de Léon une portée encore plus grande.

[5] Comp. les Novelles de l'auteur, p. 55 et suiv., note.

[6] Πεῖρα, VII, 10, 13, 14.

Toutefois, en ce qui concerne l'application de la théorie de Justinien sur les contrats, après les Basiliques, une grande obscurité a toujours régné sur un grand nombre de points importants.

1° Le droit de la stipulation, c'est-à-dire le principe que la stipulation constitue une forme de contracter, moyennant laquelle tout contrat est garanti par une *actio ex stipulatu* ou une *condictio*, a été sans doute constamment admis par la théorie scientifique, depuis les Basiliques. — Il en a été ainsi dans l'*Epitome*, et en partie aussi dans la Πεῖρα [1]. — Constantinus Nicæus et Gregorius Doxapater témoignent dans leurs scolies sur les Basiliques [2] d'une parfaite intelligence du droit de la stipulation, et ne l'envisagent nullement comme quelque chose d'étranger ou de suranné. — De leur côté, les notaires, en consignant par écrit des conventions, ont employé, depuis Justinien [3] jusqu'aux derniers temps [4], certaines clauses de style, obligés qu'ils étaient, d'après les prescriptions de Justinien et de ses prédécesseurs immédiats [5], de donner à un contrat la forme et la force de la stipulation.

Mais la stipulation, dont il n'est déjà plus question dans l'*Ecloga* et dans la Novelle d'Irène, a nécessairement, depuis les Basiliques, cessé d'être employée dans les relations habituelles. Autrement on aurait peine à comprendre pourquoi on parle très rarement de la stipulation dans les nombreuses controverses élevées à l'occasion des conventions et dont il est question dans la Πεῖρα. On s'expliquerait encore moins pourquoi, dans un grand nombre de *manualia juris* à l'usage de la pratique journalière, et dans d'autres ouvrages de ce genre, la stipulation

[1] *Epitome*, XI, 12, 13; XIX, 26; Πεῖρα, XI, 1; XIX, 7.

[2] *Basil.*, éd. Heimb., I, p. 556, 563 (sc. 2), 564, 565, 572, 580, 608, 630, 639, 653, 655, 661. — Malheureusement, les livres des Basiliques qui traitent de la stipulation n'ont pas été conservés en entier, mais seulement recomposés. Les scolies offriraient sans doute des éclaircissements précieux sur bien des points douteux.

[3] *Basil.*, éd. Heimb., I, p. 571, sc. 27.

[4] *Romanus Junior*, dans la Coll. III, Nov. 17, dit : Τίθεται καὶ νῦν ἐπερώτησις... τοῖς συμφώνοις. On emploie encore la formule ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ ὁμολογίας dans un contrat fait à Athènes en l'an 1431. Buchon, *Nouvelles recherches*, II, p. 290.

[5] Comp. note 3, p. 79 et suiv.

est complétement passée sous silence, ou ne donne lieu qu'à des remarques très-brèves et souvent erronées. On y trouve bien des définitions, comme par exemple celles-ci : Ἐξστιπουλατίων ἐστὶ τῆς βέρβις ἀγωγὴ καὶ συνίσταται ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ ἀποκρίσεως — ou : Ἐπερώτησις ἐστὶ συνθήκη ῥημάτων δι' ὧν ἀποκρίνεταί τις πρὸς τὴν ἐπερώτησιν ποιεῖν τι ἢ διδόναι· καὶ ἐπενοήθη παρὰ τοῦ Ἀκουϊλίου Γάλλου τοῦ νομικοῦ, ἔχει δ' ἰσχὺν ἀναιρεῖν πάσας τὰς πρὸ αὐτῆς ἀγωγὰς, κτλ[1] — ou bien encore : Ὅταν εἴπω σοι· « Ὁμολογεῖς χρεωστεῖν[2]; » καὶ κατατιθέμενος εἴπῃς· « Ὁμολογῶ, » τοῦτο ἐπερώτησις ἐστὶ, καὶ λύεται δι' ἀκκεπτιλατίονος, κτλ[2]. Des principes de la stipulation, il reste seulement qu'un τόκος ἀνεπερώτητος dans un contrat de prêt ne pouvait être réclamé par une action, et cela alors même que la promesse aurait été faite par écrit, du moment qu'elle était informe, mais qu'une ἄγραφος ἐπερώτησις était suffisante[3]. Mais dans ces textes on ne dit nulle part qu'un contrat principal, qui n'engendre pas d'action *consensu* ou *re*, ne devient, en principe, générateur d'action que *verbis*, en d'autres termes, au moyen de la formule de la stipulation.

Si de ce qui précède il faut conclure que la formule de la stipulation n'a pas été employée d'une manière générale en pratique pour la conclusion des contrats, alors se présente :

2° La question de savoir comment les jurisconsultes byzantins ont envisagé les contrats qui ne produisaient pas déjà une action *consensu* ou *re*, ou en vertu d'une disposition légale spéciale, comme par exemple suivant la Novelle 72 de Léon.

Suivant le droit des Basiliques, qui en cela ne s'écartait en rien du droit de Justinien, on devait considérer ces contrats comme de simples *pacta nuda*. A ce titre, ils exerçaient une influence sur la forme et la portée de l'action, lorsqu'ils étaient ajoutés à la suite d'autres contrats garantis par des actions ; ils étaient aussi susceptibles de produire leurs effets au moyen d'exceptions, mais jamais au moyen d'actions.

D'après ce que nous avons dit plus haut de l'esprit et du ca-

[1] *Glossæ nomicæ*, Στιπουλάτους ἐγγύη. *Harm.*, app. III, § 29.

[2] Cette explication, qui en fait de *stipulatio* ne connaît que la *stipulatio aquiliana*, pourrait bien avoir été donnée par l'auteur de la *Synopsis. Basil.*, éd. Heimb., III, p. 131, note *x*. — *Michael Attalensis*, IV, 1, parle, au lieu de la *stipulatio*, de la συμφωνία en général.

[3] *Mich. Attal.*, XV, 15 ; *Harm.*, III, 7, 2, 4, 6 ; Μικρὸν, t. IV.

ractère des conventions chez les Byzantins, on admettra volontiers que ces principes, dans le temps qui suivit les Basiliques, ont dû être appliqués par les jurisconsultes byzantins dans la mesure où ils étaient compris par eux. Au surplus, les preuves directes abondent à cet égard. C'est ainsi que nous avons déjà fait remarquer avec quel soin les praticiens appellent l'attention sur ce que les intérêts d'un prêt ne peuvent être réclamés par une action qu'autant qu'ils sont fondés sur une ἐπερώτησις écrite ou verbale. C'est ainsi qu'un contrat de cette espèce est traité dans la Πεῖρα[1] comme constituant un ψιλὸν σύμφωνον, bien que l'on en eût rédigé un acte écrit. Enfin, dans le *votum* d'un assesseur du tribunal de Constantinople, parvenu jusqu'à nous — le Μελέτη περὶ ψιλῶν συμφώνων[2], — on insiste tout particulièrement sur l'application pratique de la théorie des *nuda pacta*. Et si, contrairement aux dispositions du droit de Justinien et de l'*Ecloga*[3], on a considéré généralement la διάλυσις comme valable à titre de *pacte nu*[4], il est cependant plus que probable que cette décision, loin de reposer sur une nouvelle théorie de l'effet des contrats, n'était qu'une simple exception à la règle générale, exception introduite sous l'influence de quelques motifs tout à fait spéciaux[5].

Sans doute, l'étude des sources fait tout d'abord naître la pensée que, depuis les Basiliques, de nouvelles idées se firent jour en cette matière ; mais un examen plus attentif fait recon-

[1] Πεῖρα, XLV, 12. — Dans la Πεῖρα, XLV, 9, on accorde une action qui n'est pas fondée sur la simple promesse — ψιλὴ ἐπαγγελία, — mais qui naît du *facere* promis, après la conclusion du mariage (un *facere*), *præscriptis verbis*.

[2] *Delineatio*, § 41. — On comprend maintenant seulement par les scolies sur les Basiliques, XI, 1, récemment publiées par Heimbach, combien cette Μελέτη reproduit avec fidélité et exactitude le Πλάτος de *Stephanus*. — La Πεῖρα, XLIV, 12, ne présente que peu de points de ressemblance avec la Μελέτη, et il n'y a pas de raison de supposer que l'auteur de celle-ci ait aussi écrit la Πεῖρα, encore moins de penser que ce soit *Eustathius Romanus* qui en ait été l'auteur.

[3] Comp. note 1, p. 80, 82.

[4] Πεῖρα, VII, 10, 13, 14; *Mich. Attal.*, V, 4; *Harm.*, I, 10.

[5] L'*Epanag.*, XXVII, 14, donne à entendre que l'influence spéciale de la législation n'y a pas été étrangère.

naître que la législation des Basiliques n'a subi en fait, même sous ce rapport, aucun changement.

Ainsi, par exemple, on est souvent disposé à admettre la supposition que des conventions écrites — tout au moins celles qui sont passées devant notaire et témoins — ont été considérées purement et simplement comme produisant une action ; mais on se convainc facilement, en y regardant de plus près, que l'on suppose toujours la préexistence et l'application de la clause de la stipulation, ou, d'après la Novelle 72 de Léon, l'adjonction d'une croix ou l'invocation de la sainte Trinité.

De même, au premier abord, le principe : Ἅπαν σύμφωνον ἀπροστίμητον ψιλὸν ὑπάρχειν, dont parle l'empereur Léon dans sa Novelle 72, semble renfermer une innovation ; et plus ce principe apparaît dans ces textes [1], et plus on est disposé à supposer qu'une nouvelle théorie des *nuda pacta* avait été établie ; mais, dans ce cas aussi, on reconnaît, à la suite d'une étude approfondie, que partout on présuppose une ἐπερώτησις du πρόστιμον [2], et que par conséquent ce principe revient à dire ce que les Basiliques expriment ainsi qu'il suit : Οὐκ ἀεί τις ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας κατέχεται· εἰ μέντοι προσομολογήσοι, ὅτι, εἰ μὴ ποιήσω, ποινὴν δίδωμι, ὅσου ἄξιον ἦν τὸ ἐπαγγελθὲν, παραβαίνων τὴν ἐπαγγελίαν δίδωσι τὸ πρόστιμον. (*Basil.*, XLIII, 5, 5°.)

Il faut donc s'en tenir à ce résultat, que les Byzantins sont restés fidèles au droit de Justinien [3], sauf les modifications qui résultent de la Novelle de Léon. Bien que le non-usage de la forme orale de la stipulation ait produit une lacune dans le système des contrats, les Byzantins ne sont pas allés, ainsi que l'a fait plus tard la pratique occidentale, jusqu'à admettre l'existence d'une action même pour des contrats dépourvus de toute espèce de forme.

[1] Ainsi, dans Coll. III, Nov. 17 : Οὐδὲν χωρὶς τούτων (scil. τῶν προστίμων) πλὴν μόνων τῶν γαμικῶν τὰ συμπεφωνημένα δύναται. — *Basil.*, ed. Heimb., I, p. 564, sc. 6 : Λέγεται ψιλὸν τὸ ἄνευ προστίμου γενόμενον. — *Ibid.*, p. 706, sc. 2. — Πεῖρα, XLV, 1 : Τῶν συμφώνων ὅσα μὲν ἔχουσι πρόστιμα καὶ ἀνάγκην τοῦ πληροῦσθαι, ταῦτα κρατοῦσι, κτλ. *Harm.*, I, 9, 6.

[2] *Basil.*, éd. Heimb., I, p. 564, sc. 6 : Ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου ποίνη οὐκ ἀπαιτεῖται, εἰ μὴ καὶ ἐπερώτησις γένηται. — *Harm.*, I, 9, 7, sc. : Ψιλὰ, ἅπερ εἰσὶ τὰ χωρὶς ἐπερωτήσεως καὶ προστίμου γενόμενα.

[3] Même en ce qui concerne la distinction des *stricti juris* et *bonæ fidei actiones*; comp. *Basil.*, éd. Heimb., I, p. 563; III, p. 22; Πεῖρα, LI, 4.

Ne prétendons pas cependant que les jurisconsultes byzantins aient toujours interprété en parfaite connaissance de cause la théorie légale ; ils se sont très-souvent vus dans la nécessité de recourir à des *enchiridia juris* très-incomplets[1], pour guider leurs recherches en cette matière, et dès lors ils ont dû se tromper dans leurs appréciations des *nuda pacta* ; mais jamais, pendant toute la durée de l'empire byzantin, on n'arriva à établir ou élaborer une nouvelle théorie sur les contrats[2].

§ 68. — Donations.

La promesse de donation mérite encore un examen particulier. Alors même que les *nudæ pactiones* eussent produit ordinairement une action, on aurait dû refuser au donataire une action contre son bienfaiteur aux fins d'exécution d'une promesse de donation, dépourvue des formes légales. On est surpris de voir Justinien décider tout au contraire, et en dérogeant à la règle qui existait jusqu'alors[3], que toute promesse de libéralité, faite oralement ou par écrit, engendrerait une action[4].

Cette anomalie a été corrigée par l'*Ecloga*, qui du moins fait dépendre la validité des donations d'une certaine forme déterminée. — Dans le titre IV, elle statue qu' « une donation orale, pure et simple (c'est-à-dire qui n'est pas faite *mortis causa*), est valable lorsqu'un majeur dispose entre-vifs de partie de ses biens, en présence de cinq ou trois témoins : devant cinq témoins pour les centres habités ; devant trois témoins pour les endroits écartés et où l'on trouverait difficilement le nombre de cinq témoins. — Une donation par écrit est valable, lorsqu'elle est écrite et signée par un majeur et qu'elle a été affirmée devant cinq ou trois témoins et effectuée en leur présence. »

Ces prescriptions ont été renforcées par la Novelle de l'impératrice Irène[5], en ce qu'on exige désormais la présence de sept ou de cinq témoins suivant les cas.

[1] Comp., par exemple, *Michael Attalensis*, tit. V.

[2] Παπαρρηγόπουλος, Ἐνοχ. δίκαιον, I, p. 206, fait exception.

[3] Le motif était bien dicté, ainsi que la décision l'indique, par l'intérêt qu'on portait aux *donationes ad pias causas*. Comp. § 53.

[4] L. 35, § 5, C. *de Donationibus*, 8, 53 ; § 2, J. *de Donationibus*, 2, 7.

[5] Coll. I, Nov. 27. — Comp. § 65. — L'*Ecloga privata aucta*, IV, 1, parle généralement de cinq témoins.

Néanmoins ces dispositions, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, n'ont été que transitoirement en vigueur. Lors de la restauration de la législation de Justinien par les Basiliques, on aurait de nouveau été jusqu'à accorder une action à la promesse de donation faite sans aucune formalité, si Léon le Sage, dans sa Novelle 50, n'avait pas eu soin de décider que les donations, jusqu'à concurrence de 500 *nomismata*, devaient être faites en présence de trois témoins, et que celles d'une valeur supérieure devaient en outre être consignées par écrit. C'est à cette dernière forme que l'on s'est tenu ; et bien que dans la plupart des petits livres de droit on ne mentionne pas la Novelle de Léon, la Πεῖρα et Harmenopule déclarent qu'elle a été maintenue en vigueur [1].

Au surplus, la forme prescrite par Léon s'applique non-seulement aux promesses de donation, mais à toutes espèces de donations en général.

Les donations, qu'elles consistent en un *sese obligare* ou en un *dare* ou *liberare*, sont soumises à quelques autres principes communs, citons notamment l'*insinuation* (ἐμφάνισις τῶν δωρεῶν) [2].

L'insinuation des donations se trouvait sans doute dans une connexité étroite avec la *lex Julia vicesimaria*, en ce sens que cette redevance semble avoir pesé non-seulement sur les successions testamentaires et les legs, mais aussi sur les libéralités d'une autre sorte [3].

Pour en faciliter la perception au fisc, on devait nécessairement introduire pour les donations quelque chose d'équivalent

[1] Πεῖρα, LIII, 2; *Harm.*, III, 1, 17.— Le Code moldave, § 1269, exige un δωρεαστικὸν συμβόλαιον pour garantir par une action la promesse de donation ; le Code valaque n'admet pas cette restriction.

[2] L'explication que la Πεῖρα, LIII, 2, fournit au sujet de l'origine et de la signification de *l'insinuation* est certainement erronée : on n'aurait alors exigé l'enregistrement que pour les donations d'immeubles, et quelle que fût leur valeur *Magister Eustathius* confond l'enregistrement avec la mutation à opérer dans les registres du cens lorsqu'il y a changement de propriétaire pour un immeuble. Le commentateur des Basiliques, ed. Heimb., II, p. 524, sc. 10, donne de l'enregistrement une explication non moins erronée.

[3] Du moins *Dio Cassius*, LXXVII. 9, parle d'εἰκοστὴ κλήρων καὶ δωρεᾶς πάσης. Au moyen de la *vicesima manumissionum* et de la *vicesima hereditatum*, toutes les libéralités se trouvaient ainsi imposées.

à l'ouverture solennelle du testament[1], à savoir une déclaration publique devant un fonctionnaire de l'État[2]. Cette institution a été conservée dans la pratique pour les testaments aussi bien que pour les donations, même après que la *vicesima* eut été supprimée. L'*insinuatio apud acta*, qui était exigée jadis pour rendre valable toute donation supérieure à 200 *solidi*, ne fut exigée par Justinien que pour les donations de 500 *solidi* et plus; encore un grand nombre d'exceptions ont-elles été admises en cette matière[3].

Dans l'*Ecloga*[4] et dans la Novelle de l'impératrice Irène, il n'est plus question de la nécessité de l'insinuation, et il est permis de supposer qu'on la considérait comme dénuée de toute espèce de valeur, depuis qu'on avait adopté une forme générale et commune à toutes les donations.

Dans les Basiliques[5], les prescriptions du droit de Justinien ont été reproduites à la vérité, mais Léon le Sage a prescrit dans sa Novelle 50 l'adoption d'une nouvelle forme, en déclarant l'ancienne *insinuatio* superflue[6]. Dans les livres de droit subséquents[7], on trouve bien quelques passages isolés sur l'insinuation, tirés des Basiliques, par exemple chez Harmenopule; mais celui ci mentionne du moins la suppression de cette condition par la Novelle de Léon[8].

Ainsi donc l'enregistrement des donations a disparu à jamais de la législation byzantine à dater de l'ère des iconoclastes[9].

[1] Comp. § 37. Théodore, dans les Basiliques, éd. Heimb., t. IV, p. 587, indique cette analogie.

[2] Cette innovation n'est pas due à Constantin le Grand ; celui-ci le dit lui-même dans l. 3, C. Theod., *de Donat.*, 8, 12. — Comp. aussi *Vaticana Fragmenta*, §§ 266, 268. — Ce que Constantin (l. 5, C. Theod. cit.) dit au sujet des motifs de cette innovation est peut-être aussi très-juste en ce qui concerne le maintien de cette mesure. (Comp. *Isidorus, ad leg.* 27, C. *de Donat. in Basil.*, éd. Heimb., IV, p. 585.)

[3] § 2, J. *de Donat.*, 2, 7; l. 34, C. *de Donat.*

[4] L'*Ecloga privata aucta*, tit. IV, c. 1, 2, supplée l'obligation de l'insinuation d'après le droit de Justinien.

[5] *Basil.*, XLVII, 1, éd. Heimb., IV, p. 588 et suiv.

[6] Ἀκριβολογίαν ἣν οὐδὲ τηρηθεῖσαν ἐπὶ δωρεαῖς ὅλως ἴσμεν, ainsi que le dit Léon. La Πεῖρα, LIII, 2, s'exprime dans les mêmes termes.

[7] Chez *Mich. Attal.*, XXXIX, 6; dans le *Prochiron auctum*.

[8] *Harm.*, III, 1, 17.

[9] Les Codes valaque et moldave ne l'admettent pas davantage; il en est de même pour la législation néo-grecque. Καλλιγᾶς, III, § 131.

§ 69. — Πρόστιμα.

C'était un usage très-suivi chez les Romains de fixer une somme déterminée à titre de clause pénale, en cas de non-exécution d'une obligation de la part du débiteur.

En règle générale, on établissait une peine conventionnelle là où l'obligation du débiteur consistait en un *facere* : la peine avait alors pour objet de faciliter au créancier, en cas de non-accomplissement de l'engagement, l'introduction de son action; car il avait le choix d'agir aux fins de payement de la clause pénale, ou d'introduire une action aux fins de son intérêt, ce qui était plus difficile à déterminer.

Parfois on stipulait une clause pénale pour assurer au créancier, de la part de son débiteur, un empressement plus grand dans l'exécution du contrat, en ce sens que la partie obligée, pour le cas où elle serait en faute, se soumettait à l'obligation de payer au delà de ce à quoi elle s'était engagée à l'origine. Dans cette hypothèse, le créancier pouvait réclamer à la fois et l'exécution de la convention et le payement de la clause pénale.

Dans d'autres espèces, une *stipulatio pœnæ* pouvait avoir pour objet de procurer au créancier une action pour une obligation qui n'en produisait pas par elle-même; celui-ci pouvait alors, en cas de non-exécution, intenter une action en payement de la clause pénale.

Enfin la clause pénale pouvait aussi être stipulée dans l'intérêt du débiteur, dans le but de lui permettre de ne pas remplir ses engagements, moyennant l'exécution de cette clause. Dans ce cas, le créancier n'a qu'une action aux fins d'exécution de la convention, mais cette action peut se transformer en une demande à fin de payement de la clause pénale.

Chez les Byzantins, qui distinguent d'ailleurs parfaitement bien les différentes espèces de clauses pénales et les effets qu'elles produisent [1], la stipulation de pareils πρόστιμα était, à ce qu'il

[1] Les scolies anciennes et modernes des Basiliques (éd. Heimb., I, p. 563, 579, 702 et suiv.) s'en occupent particulièrement. Cependant *Gregorius Doxapater* y commet une inadvertance en y mêlant la théorie de l'action fondée sur la *pœna privata*. La Πεῖρα, XLV, 6, mentionne une clause pénale en cas de changement de volonté.

paraît, d'un usage encore plus fréquent et plus général, parce qu'on se croyait autorisé à compter avec moins de certitude sur la bonne volonté du débiteur [1] dans l'accomplissement de ses engagements. Aussi elles vont jusqu'à désigner sous le nom de ψιλὸν σύμφωνον tout contrat qui n'était pas accompagné d'un πρόστιμον [2]. On réunissait même quelquefois dans un seul et même contrat le dédit et la peine de changement de volonté [3].

Les empereurs insistent à diverses reprises sur le droit d'exiger le montant des πρόστιμα [4]. Manuel Comnène semble même prescrire qu'en règle générale le créancier doit avoir non-seulement le choix entre le πρόστιμον et le montant de son intérêt, mais encore la faculté de cumuler l'un et l'autre [5]. Parfois on stipulait dans les contrats des πρόστιμα très-élevés, au point que les juges se crurent dans l'obligation de les réduire [6]. A l'inverse, les magistrats faisaient usage de leur *jus mulctæ* dans le cas où la convention était muette sur la clause pénale, et punissaient d'une amende les chicanes du débiteur [7] ; cette amende, de même que la *mulcta* en général, était aussi désignée sous le nom de πρόστιμον. Cette identité de nom paraît même avoir donné naissance à un malentendu. On a cru que la clause pénale conventionnelle devait être payée non pas au créancier, mais au fisc, de même que la *mulcta*. La première trace d'une semblable manière de voir se trouve dans l'*Epanagoge* [8] ; il est

[1] Comp. le texte et la note 1, p. 82.

[2] Note 2, p. 89.

[3] Πεῖρα, XLIV, 1.

[4] Coll. I, Nov. 27, c. 1 : Τὸ ἐγκείμενον τῷ προκομισθέντι ἐγγράφῳ πρόστιμον ζημιοῦσθαι τὸν τὴν ἀγωγὴν ποιησάμενον (à savoir le *temere litigans*, et non pas le créancier) παρὰ τοῦ δικαστοῦ καὶ παρέχεσθαι τῷ διαδίκῳ αὐτοῦ. Une Novelle de *Romanus Junior* (Coll. III, Nov. 17) s'occupe exclusivement de la nécessité de πρόστιμα κατατίθεσθαι. La Novelle 6, Coll. V, prescrit ce qui suit : Τὰ τιθέμενα πρόστιμα συμβολαίοις καὶ συμφωνίαις ἐκδικεῖσθωσαν.

[5] Coll. IV, Nov. 66, c. 8 : Διοριζόμεθα καὶ ταῦτα (à savoir τὰ πρόστιμα τὰ τοῖς ἐγγράφοις ἐντιθέμενα ἐξ ὁμολογίας τῶν συναλλαττόντων) ἀπαιτεῖσθαι... καὶ μέντοι καὶ καρποὺς καὶ πᾶν διαφέρον.... Manuel semble même interdire aux magistrats de diminuer la peine pour des motifs de philanthropie.

[6] Πεῖρα, XLV, 2.

[7] *Harm.*, Append. III, § 44, sc. : Τὸ πρόστιμον ἢ ἀπὸ τοῦ δικαστοῦ ἐπιφέρεται ἢ ἀπὸ τῆς τῶν συναλλαττόντων συμφωνίας καὶ ἀρεσκείας.

[8] *Epanag.*, XIV, 11. Ce passage est reproduit par exemple dans le

possible qu'elle ait trouvé un nouvel appui dans les lois subséquentes [1], d'après lesquelles les clauses pénales devaient κατατίθεσθαι, ἀπαιτεῖσθαι, ἐκδικεῖσθαι ; c'est pourquoi aussi la *Synopsis*, dans la rubrique des Basiliques, XLIII, 7, a confondu les clauses pénales et la *mulcta*.

Alexis Comnène [2] a adopté cette opinion, en ce qu'il a ordonné aux magistrats de faire rentrer impitoyablement les ἐγκείμενα πρόστιμα τοῖς συμφώνοις et d'ἀποταμίζειν τῷ δημοσίῳ. — Nous ignorons si cette prescription a été observée et dans quelle mesure elle a été appliquée; elle n'a été conservée et reproduite que dans quelques manuscrits, et ailleurs on n'en trouve plus nulle trace. Bien plus, une scolie plus récente des Basiliques, VII, 2, 42, fait observer que dans la l. 1, pr. D. *de Jure fisci*, on ne devait en aucune façon interpréter dans le sens ci-dessus rapporté les mots : *Pœnam fisco ex contractu privato deberi*.

§ 70. — Des Intérêts.

D'après le droit de Justinien, le débiteur d'une somme d'argent peut être tenu d'en payer les intérêts (*usuræ*, τόκοι), soit en vertu de la loi, soit en vertu de stipulations conventionnelles, à titre de compensation pour la jouissance du capital (*sors*, κεφάλαιον). Le taux de l'intérêt est déterminé en quotes-parts du capital à payer mensuellement; le capital est considéré comme divisé en *cent* parties, et chaque *centesima* en *douze* parties (*unciæ*). On appelle donc *centesimæ usuræ* (ἑκατοστιαῖος τόκος) ce que nous appelons 12 pour 100 (par an); — *besses usuræ* (ἀπὸ διμοίρου ou διμοιρίας ἑκατοστῆς) sont 8 pour 100; — *semisses* (ἡμιεκατοστιαῖος τόκος ou ἀφ' ἡμίσεος ἑκατοστῆς) sont 6 pour 100; — *quincunces* (πενταουγγιαῖος τόκος ou ἀπὸ τρίτης δωδεκάτης ἑκατοστῆς) sont 5 pour 100; — *trientes* (ἀπὸ τρίτου ἑκατοστῆς) sont 4 pour 100; — *quadrantes* (ἀπὸ τετάρτου ἑκατοστῆς sont 3 pour 100, et ainsi de suite.

Dans le doute, c'est au juge qu'il appartient de déterminer le taux de l'intérêt légal; d'après la loi 26, C. *de Usuris*, ce de-

Prochiron auctum, I, 8. La Coll. II, Nov. 18, parle aussi d'une εἴσπραξις du πρόστιμον.

1 Notes 4 et 5, p. 94.

Coll. IV, Nov. 20, c. 1.

vaient être *semisses usuræ*, à moins qu'il n'y eût dans le pays un taux plus bas [1].

Le taux de l'intérêt conventionnel est déterminé par le contrat lui-même ; toutefois, d'après les principes de Justinien (l. 29. C. *de Usuris*), on ne pouvait en général stipuler au delà de *semisses usuræ;* les *illustres* (plus tard πρωτοσπαθάριοι) et les personnes d'une condition élevée, ne pouvaient même stipuler que *trientes usuræ* ; par contre, les banquiers et commerçants pouvaient stipuler *besses usuræ* [2].

Justinien permit les *centesimæ usuræ* pour la *trajectitia pecunia* et les *specierum fœnori dationes*; il était aussi permis de recevoir d'un *rusticus*, pour des fruits à lui prêtés, la huitième partie de ces fruits [3], à titre d'intérêt annuel, tandis que pour l'argent prêté à un *rusticus* on ne pouvait prélever, à titre d'intérêt annuel [4], qu'un κεράτιον pour chaque νόμισμα [5].

Cette dernière disposition se rattache aux précédentes en ce que, depuis la division de la livre d'or (λίτρα χρυσίου) en 72 νομίσματα [6] et du νόμισμα en 24 κεράτια, on exprima — dans le but de simplifier les calculs — le taux de l'intérêt au moyen du nombre de κεράτια à payer annuellement pour un νόμισμα, au lieu de l'exprimer au moyen de la fraction du capital à payer chaque mois, quoique l'une et l'autre manière de calculer ne concordassent pas bien entre elles. Par les mots : Ἐφ' ἑκάστῳ νόμισματι κεράτιον ἕν, on entendait 4 pour 100 ; par les mots : Ἐφ' ἑκάστῳ νομίσματι κεράτιον ἓν ἥμισυ, 6 pour 100 ; par les mots : Ἐφ' ἑκάστῳ νομίσματι κεράτια δύο, 8 pour 100; bien que la nouvelle expression signifiât à vrai dire $4\,^1/_6$, $6\,^1/_4$, $8\,^1/_3$ pour 100 [7]. C'est ainsi,

[1] *Basil.*, XXIII, 3, 1, sc. 1 et suiv., *passim.* Voir cependant *ibid.*, c. 74, sc. 4.

[2] *Basil.*, XXIII, 3, 74. Ce passage ajoute ce qui suit à la loi 26, c. *de Usuris :* Εἰ δὲ πρὸς οἶκον εὐαγῆ τὸ δάνειον εἴη, τότε πάντες οἱ εἰρημένοι μόνον τὸν ἀπὸ τετάρτου ἑκατοστῆς τόκον λαμβανέτωσαν. — Comp. Nov. 120, c. 4, 6, § 2.

[3] Ce qui fait même 12 1/2 pour 100, intérêt exorbitant pour l'agriculture.

[4] Ce qui fait 4 1/6 pour 100.

[5] Nov. 32, 34.

[6] L. 5, C. *de Susceptoribus*, X, 72, de l'an 367.

[7] L'interprétation visigothique de la loi 2, *C. Th. de usuris*, II, 33, compte de même *tres siliquas in anno per solidum* comme équivalent à 12 pour 100. — La légère différence dans le taux de l'intérêt devait d'autant plus pas-

par exemple, que *Thalelæus*, sur la loi 28, C. *de Usuris* [1], calcule le ἡμιεκατοστιαῖος τόκος de 200 νομίσματα, à raison de 12 νομίσματα (ainsi à 6 pour 100), et celui de 12 νομίσματα à raison de 18 κεράτια (ainsi à 6 1/4 pour 100) [2].

Dans la suite, on alla plus loin encore, pour conformer le calcul des intérêts au système monétaire en usage (72 νομίσματα valaient une livre d'or). De même qu'autrefois, pour calculer les intérêts, on avait considéré le capital comme équivalent à une somme de 100, de même on admit alors comme unité la λίτρα, soit une somme de 72 νομίσματα. D'après cette manière de compter, les *semisses usuræ* égalaient 6 νομίσματα par λίτρα, c'est-à-dire 8,33 pour 100 ; les *besses usuræ* égalaient 8 νομίσματα par λίτρα, c'est-à-dire 11,11 pour 100 ; les *trientes usuræ* égalaient 4 νομίσματα par λίτρα, c'est-à-dire 5,55 pour 100 [3]. Et

ser inaperçue, qu'un κεράτιον, petite monnaie en argent, pouvait bien souvent n'avoir qu'une valeur inférieure à un cent vingt-quatrième de νόμισμα.

[1] *Basil.*, ed. Heimb., II, p. 732. — On y doit lire deux fois κεράτια ιη′ au lieu de ις′, et traduire ainsi le passage tout entier : *Exempli gratia, si mutuos tibi hodie dem* 200 *solidos, ut mihi reddas post annum* 212, *hoc est cum usuris semissibus, possumne dicere :* « *Etiam illorum* 12 (*solidorum*) *usuræ* (*semisses*) *per annum sunt siliquæ* 18, *promittisne igitur expleto anno dare mihi* 212 *solidos et siliquas* 18 *?* »

[2] L'*Ecloga privata aucta*, tit. XI, calcule de cette façon ; la loi 26, C. *de Usuris* s'exprime ainsi : Ἐάν τις ἐγγράφως ἢ ἀγράφως ἐγγαίως ἐπὶ τόκων δανείσῃ τινι, εἰ μὲν ἀξιωματικὸς ἐστὶν, εἰς τὸν δωδεκαμηνιαῖον καιρὸν τρίτον ἑκατοστῆς ἐπερωτάτω καὶ λαμβανέτω, τοῦτ′ ἐστὶν ἐφ′ ἑκάστῳ νομίσματι κεράτιον ἕν· εἰ δὲ ἀργυροπράτης ἐστὶν, τὴν διμοιρίαν τῆς ἑκατοστῆς λαμβανέτω τόκον, τοῦτ′ ἐστι καθ′ ἕκαστον χρόνον ἐφ′ ἑκάστῳ νομίσματι χρυσοῦ κεράτια δύο, εἰ καὶ μὴ ἐπερώτησις περὶ τόκου προῆλθεν· οἱ δὲ λοιποὶ παγανοὶ τὸν ἡμιεκατοστιαῖον κατ′ ἔτος λαμβανέτωσαν τόκον, τοῦτ′ ἐστιν ἐφ′ ἑκάστῳ νομίσματι κεράτιον ἓν ἥμισυ, κτλ. Comp. à la note 2, p. 99, le passage de l'*Epanagoge aucta*. — L'empereur Léon désigne de même dans la Coll. II, Nov. 83, le ἀπὸ τρίτης ἑκατοστῆς τόκον comme κεράτιον ἓν ἐφ′ ἑνὶ ἑκάστῳ νομίσματι ἀνὰ πᾶν ἔτος.

[3] Πεῖρα, XIX, 1. — *Ibid.*, § 4, on se sert des mots ἑκατοστιαῖος τόκος pour désigner 12 par λίτρα, c'est-à-dire 16,66 pour 100. C'est à ce mode de calcul que se rapporte l'interpolation de date récente d'une ancienne scolie des Basiliques, ed. Heimb., II, p. 689. — Dans la Πεῖρα, I, 14, on calcule l'intérêt de 8 λίτραι, qui, d'après *ibid.*, XIX, 1, n'était que de 32 νομίσματα, à 33, afin d'éviter les fractions dans les divisions par trois. — Le nouveau mode de calcul se trouve dans *Mich. Attal.*, XV, 16 ; dans le Μίκρον, Γ, 6, et sc. ιά ; dans *Harmenopule*, 1, 4, sc., ed. Heimb., p. 94, III, 7, 17, et sc.,

de la sorte, par le seul fait du changement dans le mode du calcul des intérêts, le taux légal fut sensiblement augmenté à partir du dixième siècle.

Au surplus, après le règne de Justinien, il ne fut pas toujours loisible soit de stipuler, soit de percevoir des intérêts. — Conformément aux prescriptions de l'Écriture sainte [1], les canons [2] avaient condamné le fait de recevoir des intérêts, et dans le huitième et le neuvième siècle les lois civiles s'étaient prononcées dans le même sens. L'*Ecloga* ne s'occupe déjà plus des intérêts : elle ne reconnaît que deux manières d'employer utilement les capitaux disponibles, soit que le créancier obtienne en gage, en échange de son argent prêté sans intérêts, une chose produisant des fruits (*antichresis tacita vel expressa*), soit qu'il apparaisse à titre de *socius* dans l'entreprise pour laquelle il a avancé des fonds [3]. — On raconte de *Nicephorus Generalis* [4] qu'il a généralement et absolument prohibé le prêt à intérêt des capitaux. — Le *Prochiron* [5] ordonne μηδενὶ μηδαμῶς ἐξεῖναι ἐν μηδεμιᾷ ὑποθέσει τόκον εἰληφέναι, ἵνα μὴ νόμον φύλαττειν οἰόμενοι νόμον Θεοῦ παραβαίνωμεν. — L'*Epanagoge* [6] défend de même de recevoir des intérêts, si ce n'est aux mineurs : elle restreint même l'antichrèse. Mais Léon, en se fondant sur les besoins de la pratique, permet [7] de nouveau de prêter l'argent moyennant intérêt : Καθὼς τοῖς παλαιοτέροις ἔδοξε νομοθέταις, φημὶ δὴ τῷ λεγο-

ed. Heimb., p. 431. — *Balsamon, ad C.*, 17, *Syn. Nic.* (ed. Rhalli, II, p. 153), calcule de la même manière, mais ne paraît pas en saisir la raison. Comp. aussi *Bals. respons.*, ed. Rhalli, IV, p. 451.

[1] *Exod.*, 22, 25; *Levit.*, 25, 36; *Deutéron.*, 23, 19; *Psaum.*, 15, 5.

[2] *Apotr.*, c. 44; *Syn. Nic.*, I, c. 17; *Syn. Trull.*, c. 10; *Syn. Laod.*, c. 4; *Syn. Carthag.*, c. 5, 16. — *S. Basilii*, c. 14; *Nicephori Confess.*, c. 32. — Comp. *Photii Nomoc.*, IX, 27; *Basil*, ed. Heimb., II, p. 702, sc. 2 ad c. 20.

[3] C'est pourquoi dans le titre du prêt l'*Ecloga* parle de la κοινωνία. Dans la κοινωνία dont il est question en ce passage, on convenait souvent que le créancier prendrait part aux bénéfices et ne supporterait pas les pertes (*Bals.*, *ad.* c. 17, *Syn. Nic.*, I, ed. Rhalli, II, p. 153). — L'*Ecloga* déclare que cette convention n'est pas licite, évidemment afin d'empêcher que, par un semblant de conviction de cette nature, les contractants n'eussent la facilité d'éluder l'interdiction du prêt à intérêt.

[4] Novelles de l'auteur, p. 61, note.

[5] *Proch.*, XVI, 14.

[6] *Epanag.*, XXVIII, 2.

[7] Coll. II, Nov. 83.

μένῳ ἀπὸ τρίτης ἑκατοστῆς, ὅπερ ἐστὶ κεράτιον ἓν ἐφ' ἑνὶ ἑκάστῳ νομίσματι ἀνὰ πᾶν ἔτος τοῖς δανεισταῖς εἰς κέρδος γινόμενοι. Aussi les Basiliques [1] reproduisent-elles sur ce point le droit pur de Justinien.

C'est à cette législation que les Byzantins se sont arrêtés; le taux de l'intérêt a même été élevé, ainsi que nous l'avons dit plus haut, par suite de la nouvelle manière de calculer les intérêts. — Il existe, il est vrai, quelque confusion dans les livres de droit, en ce que ceux-ci reproduisent aussi la prohibition du prêt à intérêt insérée dans le *Prochiron* et l'*Epanagoge* [2]; mais, dans la pratique, l'on n'avait nul égard à ces prescriptions restrictives; ce fait résulte de la Πεῖρα, non moins que du témoignage que donne Balsamon [3], quand il constate avec satisfaction que le prêt à intérêt peut être considéré comme permis, même aux ecclésiastiques, d'après une interprétation exacte des canons, sous la forme de *id quod interest*.

Dans le royaume de Grèce, le droit usuel autorise aujourd'hui l'intérêt de 12 pour 100 [4]. La loi valaque [5] et la loi moldave admettent l'intérêt de 10 pour 100 [6].

[1] *Basil.*, XXIII, 3.

[2] C'est ainsi qu'on la rencontre même ajoutée aux scolies des Basiliques. — Comp. *Basil.*, éd. Heimb., II, p. 673, sc. 2 — Comp. note 2, p. 97, en ce qui concerne l'*Ecloga privata aucta*. — L'*Epitome* (XVII, 85) semble encore s'attacher à la prohibition du prêt à intérêt du *Prochiron*, ainsi que l'*Epitome ad Prochiron mutata*, laquelle reproduit les passages du *Prochiron* et de l'*Epanagoge*, dans le titre XVI, c. 109 et 110. — L'*Epanagoge aucta* reproduit, au titre XXII, c. 24, le passage du *Prochiron* (et passe sous silence celui de l'*Epanagoge*), mais elle ajoute ensuite, c. 38 : Ἐάν τις ἐγγράφως ἔγγαια ἐπὶ τόκῳ δανείσῃ τινι, εἰς τὸν δωδεκαμηνιαῖον χρόνον λαμβανέτω ἐφ' ἑκάστῳ νομίσματι κεράτιον ἕν· εἰ δὲ ἀργυροπράτης ἐστὶν, ἀνὰ κερατία δύο, εἰ καὶ μὴ τὸ σύνολον συμπεφώνηται· οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἀνὰ κεράτιον ἐν ἥμισυ, ἐὰν συνεφώνησαν. — Le Μικρὸν, T, sc. 12, fait remarquer que ἕτερον κεφάλαιον νόμου παντελῶς τὸν τόκον ἀπείργει. — Le *Prochiron auctum*, au titre XVII, c. 4 et 39, reproduit l'un après l'autre le passage de l'*Epanagoge* et la loi 26, C. *de Usuris*. — Harmenopule, III, 7, 23 et 24, inscrit la loi 26, C. *de Usuris*, et le passage du *Prochiron* sous la rubrique erronée : Νεαρὰ τοῦ Καίσαρος Λέοντος τὸν τόκον ἀπαγορεύουσα. — Il en est de même chez *Blastarès*, T, 7.

[3] *Bals.*, *ad Phot.*, IX, 27, ed Rhalli, I, p. 205. Comp. aussi *Bals. respons.*, ed. Rhalli, V, p. 451.

[4] Καλλιγᾶς, III, § 304 et suiv. — Παπαῤῥηγόπουλος, Ἐνόχ. δίκ., I, p. 71, 81.

[5] Τμ. γ', κεφ. ι', § 2.

[6] § 1332.

§ 71. — Conclusion.

Ce fut, pour la prospérité de l'empire byzantin, une triste fatalité que celle d'avoir recueilli dans la succession du droit de Justinien une législation des plus imparfaites sur le crédit.

La théorie des obligations, qui reposait essentiellement, d'après le système romain, sur l'application de la stipulation, était devenue plus vague et plus incertaine dans le droit de Justinien, par suite des nouvelles prescriptions concernant ce mode de contracter. Dans le droit byzantin, cette incertitude augmenta encore davantage, à raison de ce fait que la stipulation n'y était pas usitée [1].

Une autre cause n'entrava pas moins le développement progressif des institutions de crédit dans le droit byzantin : ce fut la forme donnée par le droit de Justinien au gage et au cautionnement, forme peu propre à procurer au créancier les garanties suffisantes. L'hypothèque avait perdu la plus grande partie de son importance, depuis que la multiplicité des hypothèques légales et des priviléges attachés à certaines hypothèques particulières, jointe à l'absence de spécialité et de publicité, enlevait au créancier toute certitude d'être payé sur le gage affecté au payement de sa créance. — De même aussi le cautionnement, considéré en tant que moyen de garantie, avait perdu pour le créancier une partie de son importance, du jour où Justinien [2], par un sentiment d'humanité mal entendu, avait accordé aux cautions le *beneficium excussionis sive ordinis.*

Enfin il manquait au droit de Justinien une procédure sévère qui fût de nature à venir en aide au créancier contre les débiteurs négligents ou de mauvaise foi. La procédure de la preuve où il s'agissait d'établir l'existence d'un contrat oral ou la sincérité d'un document écrit, était surtout imparfaite, en ce qu'elle admettait des productions de témoins réitérées, et en ce qu'elle réglait la preuve par écrit [3] de façon à permettre d'éterniser les procès.

[1] Comp. plus haut § 67.

[2] Nov. 4.

[3] En ce qui touche les nombreuses μαρτύρων παραγωγαί, comp. Nov. 6, Nov. 90, c. 4; Coll. IV, Nov. 26.— En ce qui concerne la preuve des écrits et la σύγκρισις γραμματείων, comp. Coll., IV, 21, Nov. 73.

Lorsqu'enfin un procès arrivait à l'exécution, la loi exigeait qu'alors encore le débiteur fût traité avec douceur, et l'obtention d'un λόγος ἀσυλίας [1] ou la *missio*, comme moyen d'exécution [2], pouvait encore occasionner au créancier des ennuis et des retards nombreux.

Sous tous ces rapports, une réforme du droit de Justinien était nécessaire, pour relever dans l'empire byzantin le crédit personnel et le crédit foncier.

Néanmoins il semble que les Byzantins n'aient jamais compris combien leur législation était imparfaite en cette matière ; et, au surplus, aucun peuple de l'antiquité ne s'est bien rendu compte des vrais principes de l'économie politique.

Les lois des iconoclastes Léon et Constantin paraissent, à la vérité, avoir établi diverses dispositions nouvelles pour le droit des obligations. (Nous avons parlé plus haut de celles qui se rapportent à la conclusion des contrats, et l'*Ecloga* [3] ne connaît que le gage manuel et ignore ce que c'est que l'hypothèque et le cautionnement proprement dit.) Mais ces nouvelles dispositions légales des empereurs romains étaient en tous cas insuffisantes pour rétablir et fortifier le crédit. Elles tombèrent du reste dans l'oubli, lors du rétablissement du droit de Justinien ; et après la publication des Basiliques on n'essaya même pas d'améliorer la situation en réformant cette partie de la législation [4].

Le commerce lui-même ne s'éleva jamais, pendant toute la durée de l'empire byzantin, contre l'imperfection du droit des obligations. Le germe d'un progrès se trouvait dans les vieux priviléges encore existants des *argentarii* ou ἀργυροπράται [5]. L'usage des lettres de change, dont on voit l'apparition en Italie vers le treizième siècle, devait être connu des Byzantins dans les villes de commerce du Levant, où il y avait partout des

[1] Comp. Heimbach dans Richter. *Krit. Jahrb.*, 9e année, p. 359 et suiv.

[2] Comp. *Basil.*, IX, 6, 7 ; Πεῖρα, tit. XL.

[3] *Ecloga*, tit. X.

[4] Les jurisconsultes byzantins s'attachent par contre à certaines controverses connues, concernant, par exemple, plusieurs passages du droit de Justinien sur le gage. — Voir Πεῖρα, VI, 1, 2, 13, et *Tractatus de debitis* dans *Heidelberg. Jahrbücher*, 1841, p. 540 et suiv.

[5] Nov. 136, *Edict. Justiniani*, 9 ; *Basil.*, XXIII, 4; Coll. IV, Nov. 71.

comptoirs italiens; mais on ne voit pas que ces pratiques aient servi de point de départ à une réforme du droit commercial [1].

L'absence de crédit — conséquence fatale des législations justinienne et byzantine sur les contrats — a exercé la plus fâcheuse influence sur la situation de l'empire byzantin. Le taux de l'intérêt s'éleva considérablement, le commerce et l'industrie en furent anéantis, et tombèrent de plus en plus au pouvoir des Etats italiens, alors florissants, ou de leurs colonies commerciales établies dans les villes byzantines [2]. L'argent ne fut désormais placé qu'en immeubles. De ces deux causes, l'une arrêta toute formation d'une bourgeoisie forte et industrieuse, l'autre amena l'oppression de la classe des paysans libres. C'est donc dans une législation défectueuse sur les obligations et le gage, et dans un système d'impôt foncier mal conçu et mal appliqué, qu'il faut chercher la cause de la ruine de l'empire byzantin.

Le gouvernement turc qui suivit n'a eu et n'a encore aujourd'hui aucune intelligence des réformes que réclame cet état de choses. Puissent les Etats chrétiens qui dans notre siècle se sont détachés de l'empire turc et constitués à côté de lui, puissent-ils, disons-nous, trouver des hommes d'État qui sachent jeter les fondements d'un édifice social durable et rationnel !

[1] L'ordonnance de promulgation du Code moldave de l'année 1816 promet encore un Code de commerce spécial et renvoie à ce Code (§ 1859) en ce qui concerne les ἐμπορικαὶ ἀσσιγνατσίονες, c'est-à-dire les lettres de change. Le Code valaque s'occupe aussi en passant du droit commercial et en particulier de la lettre de change, Τμ. γ', κεφ. θ', περὶ Πολιτζῶν. Dans le royaume de Grèce, on a adopté le Code de commerce français. — Comp. *Heidelberg. Jahrb.*, 1839, p. 1165 et suiv. (La lettre de change s'appelle συναλλαγματική en Grèce.)

[2] Des traités spéciaux consentis par les empereurs byzantins avaient octroyé à ces colonies des privilèges considérables — pareils à ceux que les différentes nations occidentales avaient obtenus de la Turquie. — Le traité le plus ancien de cette sorte remonte à l'année 992. Voir Coll. III, Nov. 27. On trouve dans ce recueil de nombreux traités de même sorte plus récents.

INDICATION

DES SOURCES LES PLUS FRÉQUEMMENT CITÉES

DU DROIT GRÉCO-ROMAIN.

Anonymi Epitome Novellarum. — Fragments d'un Epitome grec des Novelles de Justinien, semblable à l'Epitome latin de Julien, et peut-être composé par le même. Publié dans les Ἀνέκδοτα de l'auteur. Leipzig, 1843, p. 196 et suiv.

Aristenus (*Alexius*). — Voir *Canones*.

Athanasii Emiseni Epitome Novellarum. — Une compilation des Novelles de Justinien de la deuxième moitié du sixième siècle. Publié par G.-E. Heimbach dans Ἀνέκδοτα, t. I. Leipzig, 1838.

Balsamon (*Theodorus*). — Voir *Canones*.

Basilica. — Recueil officiel de tout ce qui était resté pratique dans les Codes et Novelles de Justinien, après leur remaniement en langue grecque par les jurisconsultes byzantins du temps de Justinien et par les successeurs immédiats de ce prince, commencé vers la fin du neuvième siècle sous *Basilius Macedo* et terminé sous *Leo Sapiens*. La nouvelle édition de C.-G.-E Heimbach, d'après laquelle on fait les citations, a paru en cinq volumes in-4°, chez Barth, de Leipzig, de 1833 à 1850.

Blastares (*Matthæus*). — Manuel alphabétique du droit civil et canonique, composé par le moine *Matthæus Blastares* en l'an 1335. L'édition la plus récente a été donnée par Rhallis et Potlis dans le tome VI du Σύνταγμα τῶν κανόνων. Athènes, 1859.

Canones. — Nous possédons les canons des apôtres et des diverses assemblées ecclésiastiques locales dans plusieurs anciens recueils intitulés *Collectiones, Epitomæ* et *Nomocanones*, dont les derniers sont arrangés méthodiquement et contiennent des extraits des *canones* et des *leges*. Les plus importants sont : 1° un ancien Nomocanon en quatorze titres, revu vers 883 par le patriarche *Photius*; 2° le commentaire d'un ancien *Epitome canonum* du nomophylax *Alexius Aristenus*, du temps de l'empereur Jean Comnène; 3° le commentaire d'un recueil de *canones* de *Joannes Zonaras*, de la même époque; 4° le commentaire du *Nomocanon* de *Photius*, et le recueil des *canones* de *Theodorus Balsamon*, écrit vers l'an 1178. — L'édition la plus récente de cet ouvrage se trouve dans le Σύνταγμα τῶν κανόνων de Rhallis et Potlis, t. I, IV. Athènes, 1852-1854. Un recueil des canons avec annotations en langue néo grecque se trouve dans le Πηδάλιον, c'est-à-dire le *Livre des taxes* de l'Eglise grecque, imprimé à Leipzig en 1800. — Des décisions et prescriptions des patriarches, des avis et des traités sur des questions de droit canonique sont contenus dans *Leunclavii jus græco-romanum*, et avec plus de détails dans les tomes IV et V du Σύνταγμα τῶν κανόνων de Rhallis et Potlis.

ECLOGA. — Petit Code divisé en dix-huit titres, publié vers 740 par les empereurs Léon et Constantin, reproduit dans la *Collectio juris librorum græco-romani ineditorum, sectio prima.* Leipzig, 1852, de l'auteur.

ECLOGA PRIVATA AUCTA. — Remaniement de l'*Ecloga*, se rapprochant du droit de Justinien, sans doute de la deuxième moitié du neuvième siècle. Cité d'après une copie du Cod. Paris. gr., 1384, comparée avec Cod. Vindob. jurid. gr. 3.

ECLOGA AD PROCHIRON MUTATA. — Compilation de l'*Ecloga*, du *Prochiron* et de l'*Epitome* avec des additions et des suppressions, en grande partie d'après le plan de l'*Ecloga*, du onzième siècle environ. L'auteur la cite d'après une copie du Cod. Paris. gr., 1720.

EDICTA PRÆFECTORUM PRÆTORIO. — Edits des préteurs avant et sous Justinien. Ce qui reste de ces édits est reproduit dans les Ἀνέκδοτα de l'auteur. Leipzig, 1843, p. 227 et suiv.

EPANAGOGE. — Petit Code de Basile, Léon et Alexandre, qui est sans doute resté à l'état de projet, et qui nous a été conservé avec des scolies, c'est-à-dire avec les *monita* d'un reviseur. Il a été reproduit dans la *Collectio librorum juris græco-romani ineditorum, sectio prima*, de l'auteur.

EPANAGOGE AUCTA. — Remaniement de l'*Epanagoge* avec additions tirées d'autres sources, remontant environ au onzième siècle. L'auteur le cite d'après une copie d'un manuscrit (se trouvant aujourd'hui à Leipzig), et qui a été collationné avec un grand nombre d'autres manuscrits.

EPITOME. — Ouvrage de droit divisé en cinquante titres. Compilation empruntée aux remaniements grecs des Codes et des Novelles de Justinien et du *Prochiron*, vers 920. Les vingt-trois premiers titres sont reproduits dans le *Jus græco-romanum* de l'auteur, *pars II.* Leipzig, 1856.

EPITOME AD PROCHIRON MUTATA. — Remaniement de l'*Epitome* d'après la série des titres du *Prochiron*, avec de précieuses additions, du dixième siècle. L'auteur le cite d'après une copie du Cod. Marcian., 579, et du Cod. Bodlejan., 3399.

HARMENOPULUS (*Constantinus*). — L'Ἑξάβιβλος d'Harmenopule, compilation du *Prochiron*, de la *Synopsis*, de la Πεῖρα et du Μικρόν, publié vers 1345, est cité d'après la nouvelle édition de G.-E. Heimbach. Leipzig, 1851.

LEGES RUSTICÆ. — Le petit Code rural des empereurs Léon et Constantin est cité d'après l'édition d'Harmenopule, éd. Heimbach, p. 828.

MALAXUS (*Manuel*). — Le *Nomocanon* de Manuel Malaxus a été composé en 1562. L'auteur le cite tantôt d'après un manuscrit qui lui appartient, tantôt d'après le grand fragment imprimé dans la Θέμις, de Sgouta, Tμ. VII.

MICHAEL ATTALENSIS. — Court extrait des Basiliques, divisé en trente-cinq titres, plus un supplément, composé en 1072. L'auteur le cite soit d'après l'édition incomplète LEUNCLAVII *jus græco-romanum, pars II*, soit d'après la nouvelle édition critique dans la Θέμις, de Sgouta, Tμ. VIII.

Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον. — Extrait par ordre alphabétique de *Michael Attalensis* et de la *Synopsis Basilicorum*, avec des notes, du commencement du treizième siècle. Reproduit dans le *Jus græco-romanum* de l'auteur, *pars II.* Leipzig, 1856.

MOLDAUISCHES CIVIL-GESEZBUCH. — Imprimé à Jassy en 1816 sous le titre de Κῶδιξ πολιτικὸς τοῦ πριγκιπάτου τῆς Μολδαβίας.

Νόμος γεωργικός. — Voir *Leges rusticæ*.

NOVELLÆ CONSTITUTIONES IMPERATORUM POST JUSTINIANUM. — M. Zachariæ a réuni les Novelles connues des empereurs byzantins, les a soumises à un travail critique et les a classées chronologiquement en cinq parties dans son *Jus græco-romanum*, *pars III*. Leipzig, 1857.

Πεῖρα. — Collection composée de soixante-quinze titres, d'extraits de traités et de décisions du *magister Eustathius Romanus*, du milieu du onzième siècle. Reproduit dans le *Jus græco-romanum* de l'auteur, *pars I*, Leipzig, 1856.

Πηδάλιον. — Voir *Canones*.

PHOTIUS. — Voir *Canones*.

PROCHIRON. — Petit Code en quarante titres, publié par les empereurs Basile, Constantin et Léon vers 870. Publié par l'auteur sous le titre : Ὁ Πρόχειρος Νόμος. *Heidelbergæ*, 1837.

PROCHIRON AUCTUM. — Révision très-augmentée du *Prochiron*, du commencement du treizième siècle. M. Zachariæ le cite d'après des extraits étendus tirés des manuscrits de ce livre de droit.

PSELLUS (*Michael*). — Nous possédons de lui quatorze cent-huit *versus memoriales* de droit sous le titre : Σύνοψις τῶν νόμων. M. Zachariæ le cite d'après l'édition de *Teucher*. Leipzig, 1789.

Ῥοπαὶ (αἱ). — Compilation de dispositions légales relatives au temps; elle remonte à une époque non éloignée de Justinien et a été publiée par l'auteur sous le titre αἱ Ῥοπαί. Heidelberg, 1836.

SYNOPSIS (*Basilicorum*). — Extrait alphabétique des Basiliques, publié entre l'année 942 et l'année 957. *Leunclavius* l'a publié (*Basileæ*, 1575), mais en l'arrangeant dans l'ordre des Basiliques.

SYNOPSIS MINOR. — Voir Μικρὸν.

THEODORI BREVIARIUM NOVELLARUM. — Remaniement des Novelles de Justinien par l'avocat Théodore d'Hermopolis, du dernier tiers du sixième siècle. Publié dans les Ἀνέκδοτα de l'auteur. Leipzig, 1843.

THEOPHILUS. — Paraphrase des Institutes de Justinien par Théophile, *antecessor* sous Justinien. La meilleure édition est celle de G.-O. Reitz. *Hagæ Comit.*, 1781.

WALACHISCHES GESEZBUCH. — Imprimé en 1818 à Vienne sous le titre : Νομοθεσία τοῦ κυρίου Ἰωάννου Γεωργίου Χαρατζᾶ Βοεβόδα.

ZONARAS (*Joannes*). — Voir *Canones*.

RECHERCHES

SUR

LE LIBER DIURNUS

(Suite et fin [1].)

CHAPITRE IV

BIBLIOGRAPHIE DU LIBER DIURNUS ; DESCRIPTION DES MANUSCRITS ET DES ÉDITIONS ANCIENNES ; PLAN D'UNE NOUVELLE ÉDITION.

86. Il me reste à faire la bibliographie du *Liber diurnus*. Je parlerai d'abord des manuscrits et des efforts que j'ai tentés pour retrouver ceux que les savants du dix-septième siècle avaient consultés Je donnerai ensuite la description des diverses éditions que j'ai mentionnées dans le cours de mon récit. J'exposerai enfin le plan qu'il conviendrait de suivre pour rendre une nouvelle édition digne de la bienveillance du public.

§ 1. — Manuscrits du *Liber diurnus*.

1° *Manuscrit de Sainte-Croix de Jérusalem (aujourd'hui du Vatican).*

87. Le manuscrit découvert par Luc Holstein chez les Cisterciens de Sainte-Croix de Jérusalem devait naturellement appeler le premier mon attention [2]. C'était celui que l'Académie des Inscriptions avait signalé à MM. Daremberg et Renan comme le manuscrit *original* [3]. Grâce aux indications du R. P. Albéric

[1] Voir *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, p. 97 et 367.

[2] Voir plus haut, n° 32.

[3] « Au Vatican, on désirerait la collation avec le manuscrit original du *Liber diurnus romanorum pontificum*. » Instructions de l'Académie des Inscriptions relatives à la mission de MM. Daremberg et Renan en Italie (ap. *Archives des Missions*, I, 58).

Amatori, bibliothécaire de Sainte-Croix, ces deux savants l'ont rencontré aux archives du Vatican, où la courtoisie de Mgr Marino Marini leur a permis de le collationner[1]. L'identité ne saurait être douteuse. Nous connaissons en effet le contenu, l'ordre et la condition matérielle du manuscrit de Sainte Croix par la table des rubriques qu'Holstein avait adressée au P. Sirmond[2]. Cette table était demeurée dans les cartons de la bibliothèque du collège de Clermont; Garnier l'a insérée dans la *Préface* de son édition[3]. Elle nous apprend qu'en 1646 le manuscrit présentait déjà de regrettables lacunes; que les quatre premiers feuillets étaient presque entièrement rongés et qu'il n'en subsistait que le commencement[4]; que le cinquième feuillet débutait au milieu d'une formule par les mots *ordines pretendentes nulla ratione suscipiant*[5]; que le dernier feuillet finissait également au milieu d'une formule par les mots *quæ regulariter*, et qu'il ne manquait qu'un seul feuillet pour compléter le volume[6]; enfin que le nombre total des formules était de quatre vingt dix-neuf, en tenant compte de celles dont on

[1] Cf. Rapport de MM. Daremberg et Renan (*op. Archives des Missions*, I, 245). — Longtemps avant la mission de MM. Daremberg et Renan, en 1823, M. Pertz avait déjà signalé la présence au *Liber diurnus* aux archives pontificales. Cf. *Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, V, 27. — Mais cette indication fugitive avait été peu remarquée et n'avait pas dissipé toutes les incertitudes. Je tiens de la bouche du savant et regretté M. Victor Leclerc, chargé par l'Académie des Inscriptions de rédiger les instructions destinées à MM. Daremberg et Renan, qu'en désignant le Vatican comme le lieu où le *Diurnus* devait se trouver, il avait entendu parler de la *bibliothèque* et non des *archives secrètes*.

[2] Voir plus haut, t. XIV, p. 134, note 2.

[3] Cf. *ibidem*, p. 137, note 1. — Voir aussi le numéro XXIII de la *Préface* de Garnier.

[4] « Principio quatuor folia corrosa perierunt; prius ipsum tamen in reli-« quis adhuc agnoscitur. » Garnier, *Préface*, n° XXIII. — « Notandum quod « in codice nostro desunt quæ capite primo ab Holstenio præmittuntur « circa *Suscriptiones*, quorum tamen in mutilis primis paginis aliqua ves-« tigia reperiuntur. » Note manuscrite de l'abbé Joachim Bescozzi, rapportée par MM. Daremberg et Renan (*Archives des Missions*, I, 244).

[5] « Incipit deinde folium quintum ab hisce verbis *ordines pretendentes* « *nulla ratione suscipiant*, quæ videtur esse forma vel indiculum de officio « episcopi. » Garnier, *Préface*, n° XXIII.

[6] « Cætera desunt; nihil autem præter ultimum illud folium deesse vi-« detur. » Garnier, *ibidem*.

pouvait encore lire quelques fragments sur les quatre premiers feuillets. Or toutes ces circonstances, sans en excepter une seule, se rencontrent dans le manuscrit collationné par MM. Daremberg et Renan. Les défectuosités sont les mêmes au commencement et à la fin; le cinquième feuillet débute au milieu de la même formule et par les mêmes mots[1]; le dernier feuillet est brusquement interrompu au même endroit[2]; l'ordre et le nombre des formules sont rigoureusement semblables.

88. Une seule question reste donc à résoudre, celle de savoir à quelle époque ce manuscrit a été porté de la bibliothèque de Sainte-Croix aux archives du Vatican. MM. Daremberg et Renan pensent que ce fut en 1662, au moment même où l'édition d'Holstein venait d'être supprimée[3]. Je ne saurais, je l'avoue, partager leur sentiment. Essayons en effet de suivre les traces du manuscrit depuis cette suppression. C'est en 1685, plus de vingt ans après l'exécution de la sentence rendue par Bona, que Mabillon vient à Rome et s'enquiert du *Liber diurnus*. Il ne dit pas, il est vrai, dans quel dépôt il l'a rencontré, et se contente d'affirmer que l'exemplaire qu'il a collationné est bien le même que celui dont Holstein s'était servi[4]. Mais si cet exemplaire eût appartenu dès lors aux archives du Vatican, pourquoi le savant bénédictin aurait-il dissimulé cette circonstance? Sa réserve, au contraire, devient facile à comprendre, si l'on admet que le manuscrit était demeuré entre les mains des Cisterciens. Les bons religieux avaient été sans doute fort contrariés de l'entreprise d'Holstein et devaient craindre tout ce qui pouvait en réveiller le souvenir. Le bruit que venait de faire l'édition de Garnier n'était pas de nature à diminuer leurs scrupules. On peut donc supposer, sans invraisemblance, qu'ils prièrent Mabillon de ne pas désigner leur bibliothèque, et que le silence gardé par celui-ci dans son *Iter italicum* a été un acte

[1] Cf. form. VI.

[2] Cf. form. XCIX, *in fine*.

[3] « En même temps que le pape Alexandre VII supprimait l'édition d'Holstenius, il faisait enlever le manuscrit original de la bibliothèque de Sainte-Croix. » Rapport à M. le ministre de l'Instruction publique (ap. *Archives des Missions*, I, 245).

[4] Voir plus haut, chap. II, nº 44, notes 3 et 4.

de complaisance[1]. Nous n'en sommes pas, d'ailleurs, réduits aux conjectures. Le fidèle compagnon de Mabillon, D. Michel Germain, entretenait avec ses confrères de Paris une correspondance assidue, et les informait, pour ainsi dire, jour par jour, des recherches et des travaux de son illustre ami[2]. De son côté, Mabillon s'est montré moins discret dans ses conversations que dans ses écrits; et lorsqu'à son retour d'Italie Baluze vint lui demander des renseignements sur quelques-unes de ses découvertes, il ne fit aucune difficulté de révéler le lieu où se trouvait le manuscrit du *Diurnus*. Baluze à son tour s'est empressé de mettre le public dans la confidence, en rectifiant les fausses indications contenues dans ses précédents ouvrages, et son témoignage, réuni à celui de D. Germain, ne laisse aucun doute sur la présence du manuscrit dans la bibliothèque de Sainte-Croix à l'époque du voyage de Mabillon[3]. Passons au commencement du dix-huitième siècle; c'est encore à Sainte-Croix, s'il faut ajouter foi aux biographes de Passionei, que ce jeune et savant prélat vient en 1706 relever les variantes destinées au jésuite Daville[4]. Franchissons quelques années de plus;

[1] Ce silence n'a cependant pas été aussi complet que les religieux auraient pu le désirer. Mabillon nomme en effet Hilarion Rancati comme le possesseur du manuscrit prêté à Luc Holstein, et copié, selon la légende, dans l'espace d'une nuit. Or il était facile, avec un peu de réflexion, de soupçonner que le manuscrit possédé par Rancati devait se trouver dans la bibliothèque de Sainte-Croix. Cf. *Iter italicum*, p. 75.

[2] Voir la *Correspondance inédite de Mabillon et de Montfaucon avec l'Italie*, publiée par M. Valery; 3 vol. in-8°, Paris, 1846.

[3] « Nous avons pris tout ce que nous avons voulu à Sainte-Croix en Jérusalem, où nous avons trouvé TRÈS-SECRÈTEMENT un *Diurnus romanus* ancien de huit cents ans, où il y a huit à neuf pieces nouvelles. » Lettre de D. Michel Germain à Claude Bretagne, datée de Rome le 22 janvier 1686 (ap Valery, *op. cit.*, I, 205). — « Joannes Mabillonius in Italiam profectus « anno 1685, cum Romæ esset, conquisivit vetus exemplar hujus libri, et « tandem invenit in bibliotheca ecclesiæ Sanctæ-Crucis in Hierusalem « illud ipsum nimirum ex quo Lucas Holstenius acceperat. » Baluze, *Préface*, n° 11. — Voir aussi les notes du même auteur sur le *De emendatione Gratiani*, p. 433, et sur le *De concordia sacerdotii et imperii*, lib. I, cap. IX. — Cf. *supra*, t. XIV, p. 122, note 2.

[4] « L'anno dopo, insieme col suo grand'amico Fontanini collazionò, in- « teramente il *Diurno* de' Romani pontefici, ch' era stato stampato dal « Garnerio, col famoso esemplare manoscritto che se ne conserva nella « libreria di Santa-Croce in Gerusalemme, e di tutte le varianti, che essi

nous trouvons l'abbé Joachim Bessozzi, qui prit en 1724 le gouvernement du monastère de Sainte-Croix, inscrivant sur les marges de son exemplaire imprimé une note qui prouve que le manuscrit était en sa possession [1]. Arrivons à l'année 1741, et prenons acte de la déclaration de Schœpflin, qui constate qu'à cette époque le précieux volume n'avait pas cessé d'appartenir aux Cisterciens [2]. Notons enfin le silence significatif de Zaccaria, qui a recueilli avec tant d'exactitude tout ce qui a trait à l'histoire du *Liber diurnus*, et qui ne dit rien de sa translation aux archives du Vatican [3]. En présence de témoignages si nombreux et si concluants, n'est-on pas forcé de reconnaître que la suppression de l'édition d'Holstein n'avait entraîné ni la confiscation, ni même le déplacement de l'original? S'il faut tout dire, je crois que ce déplacement n'a eu lieu que dans les premières années de notre siècle; mais comme cette conjecture se trouve liée à l'histoire de la bibliothèque de Sainte-Croix, je dois, avant d'aller plus loin, présenter tous les renseignements que j'ai pu recueillir sur l'origine et les vicissitudes de cette précieuse collection.

89. L'abbé Hilarion Rancati en fut le véritable fondateur. Ce savant religieux voulait faire de son monastère un centre d'études et de travaux littéraires pour la congrégation des Cisterciens d'Italie [4]. Grâce au concours empressé des souverains pontifes, des cardinaux et des savants contemporains, grâce aussi à l'ascendant qu'il exerçait sur ses confrères, il était par-

« avevano osservato, ne fece dono al P. Daville, gesuita, acciocchè se ne « servisse nella ristampa che meditava di fare di sì celebre ed importante « monumento. » Galletti, *Memorie per servire alla storia della vita del cardinale Domenico Passionei*, p. 19. — « Ils revirent cet ouvrage sur un ancien manuscrit de l'abbaye de Sainte-Croix de Jérusalem. » Eloge historique de M. le cardinal Passionei, p. 9. — Voir plus haut, chap. II, n° 45.

[1] Voir ci-dessus, p. 82, note 4. — Les mots *in codice* NOSTRO ne laissent aucune incertitude.

[2] « Extatque adhuc HODIE inter codices Cistercienses Sanctæ-Crucis so- « dalium Romæ. » Schœpflin, *Commentationes historicæ*, p. 500.

[3] C'est en 1781 que fut publiée la *Dissertatio* du P. Zaccaria.

[4] « Egli aveva procurato che fosse destinato questo monistero per uno « studio generale della nostra congregazione Cisterciese d'Italia. » Raymond Bessozzi, *Storia della basilica di Santa-Croce in Gerusalemme*, p. 212. — « Fu questo uomo eruditissimo e dottissimo, il quale con grandissima « utilità della nostra congregazione fondò in questo monistero lo studio di

venu à réunir un nombre considérable de livres imprimés et de manuscrits [1]. Les abbayes de Nonantola, de Sainte-Pudentienne, de Fossa-Nuova, de Settimo et de Sainte-Marie de Casamare, s'étaient dépouillées à son profit [2]. A sa mort, en 1663, la bibliothèque comprenait environ cent soixante-douze manuscrits, parmi lesquels le cardinal Bona avait reconnu bon nombre de textes inédits [3]. Mabillon, qui la visita à plusieurs reprises pendant son séjour à Rome, la trouva dans la même situation [4]. Quelques années plus tard Montfaucon la vit à son tour et publia de longs extraits d'un catalogue dressé en 1664 [5]. Mais,

« filosofia e teologia. » *Ibidem*, p. 218. — Consultez la biographie d'Hilarion Rancati, publiée par Fumagalli sous le titre suivant : *Vita del P. D. Ilarione Rancati, Milanese, dell' ordine Cisterciese*, scritta dal P. D. Angelo Fumagalli, monaco dello stesso ordine, in 8°. Brescia, 1762.

[1] « Id præcipue ad ejus laudem vertit, quod varios codices ex Italiæ « monasteriis conquisitos studiose collegit. » Mabillon, *Iter italicum*, p. 90. — « Fece un insigne raccolta di codici manoscritti in pergamena e di libri « in qualunque materia, de' quali molti gli furono regalati dal Papa mede- « simo e da' signori cardinali, e molti gli ebbe in dono degli autori me- « desimi. » Raymond Bessozzi, *op. cit.*, p. 219.

[2] « Plurimi codices ex Nonantula istuc allati sunt. » Montfaucon, *Bibliotheca bibliothecarum*, I, 193. — L'abbaye de Nonantola s'était si bien dépouillée, qu'en 1686 elle ne possédait plus que deux manuscrits : « In « bibliotheca duo tantum supersunt ex multis quos celeberrima olim illa « abbatia habebat veteres codices. » Mabillon, *Iter italicum*, p. 200. — Le catalogue de Sainte-Croix, dont il sera question dans une des notes suivantes, contient sur l'origine d'un certain nombre de manuscrits des indications utiles à recueillir. On y voit que le numéro 10 (*Epitome Novellarum Juliani*) provenait de Sainte-Marie de Casamare; le numéro 16 (*Isidori tractatus de divinis officiis*) de Nonantola; le numéro 18 (*Cassiani institutionum monasticarum libri XII*) et le numéro 36 (*Cassiani collationes*) de Settimo; le numéro 62 contenant également les *Collationes* de Cassien, de Fossa-Nuova, etc. Cf. Blume, *Iter italicum*, II, 20; III, 152, 169; *Bibliotheca librorum manuscriptorum italica*, 155 et suiv.

[3] Les remarques du cardinal Bona sur les manuscrits de Sainte-Croix ont été publiées à la suite de ses *Epistolæ selectæ*, p. 365.

[4] « Supersunt in illa Sanctæ-Crucis bibliotheca codices numero CLXXII. » Mabillon, *Iter italicum*, p. 133. — Mabillon n'a certainement voulu parler que des manuscrits sur vélin, car la bibliothèque de Sainte-Croix, malgré les pertes qu'elle a subies, possède encore aujourd'hui cent soixante-quatre manuscrits sur vélin et deux cent quatre-vingt-quatorze sur papier. Cf. Greith, *Specilegium Vaticanum*, p. 23.

[5] Il existait une copie de ce catalogue dans la bibliothèque de Saint-Germain des Prés. C'est d'après cette copie, possédée aujourd'hui par la Bi-

en dépit de ces hôtes illustres, les moines de Sainte-Croix restèrent près de cinquante ans sans prendre aucune mesure pour son installation. En 1712 elle occupait encore les deux chambres, où, faute d'espace, Rancati l'avait provisoirement déposée[1]. Le P. Gambarana, qui venait d'être élu abbé, se décida enfin à faire élever un corps de logis destiné à la recevoir. Il en confia la construction à l'architecte Cipriani, fit décorer la voûte par Paul Panini et plaça au-dessus de la porte d'entrée deux précieux tableaux de Rubens et de Charles Maratte. Son successeur, l'abbé Joachim Bessozzi, compléta l'ornementation intérieure, fit graver sur le mur une inscription en l'honneur du fondateur, et joignit aux livres rassemblés par Rancati une collection de médailles et d'antiquités[2]. Ce fut le moment le plus florissant de la bibliothèque; elle reçut à plusieurs reprises la visite des souverains pontifes[3], et tout porte à croire que sa prospérité se maintint jusqu'au temps de la Révolution. L'occupation de Rome par les Français lui porta un coup funeste. Un décret impérial l'avait réunie à la bibliothèque du Vatican[4]. Pie VII, à son retour, la restitua aux Cisterciens[5]. Mais ces déplacements successifs lui causèrent des dommages irréparables. Pendant un séjour provisoire qu'elle fit à Saint-Bernard, plusieurs manuscrits disparurent. Quelques années plus tard, un libraire bien connu les offrait aux amateurs comme provenant de la bibliothèque privée du pape Pie VI. Deux des plus précieux ont émigré à Leipzig et à Berlin[6].

bliothèque impériale (fonds latin, 13075), que Montfaucon a publié les extraits qu'on lit au tome I de sa *Bibliotheca bibliothecarum*, p. 193 et 194. Une autre copie se trouve à Rome, dans la bibliothèque Chigi; M. Blume en a fait usage pour sa *Bibliotheca librorum manuscriptorum italica*, in-8°, Gottingue, 1834.

[1] « Ritrovandosi tutti questi libri in due stanze più tosto ammuchiati che « disposti a dovere. » Raymond Bessozzi, *op. cit.*, p. 212.

[2] Cf. Raymond Bessozzi, *op. cit.*, p. 212, 213, 214, 221.

[3] Notamment de Benoît XIII en 1727, et de Benoît XIV en 1743. Cf. *ibidem*.

[4] Décret impérial du 3 septembre 1811. Cf. *Bulletin des lois*, IV^e^ série, 390, n° 7218.

[5] Cf. Blume, *Iter italicum*, III, 76, 153.

[6] L'un est devenu la propriété du célèbre professeur de Leipzig, M. Gustave Hænel; c'est l'*Epitome Novellarum* de Julien, provenant de Sainte-Marie de Casamare, dont j'ai parlé ci-dessus, p. 86, note 2.—L'autre

90. Je reviens au *Liber diurnus*. Il me paraît probable qu'il entra au Vatican avec les autres manuscrits de Sainte-Croix, et qu'il ne fut pas compris dans la restitution accordée par Pie VII. Son caractère diplomatique détermina sans doute le souverain pontife à le conserver dans ses archives. Il y est classé sous la cote Hhhhh, 97, *ex capsula* X[1]. C'est un volume in-8, en peau de vélin, comprenant dans son état actuel 104 feuillets; si l'on veut tenir compte des 4 feuillets du commencement, dont il reste encore quelques parcelles, et du feuillet qui manque à la fin, on arrive au nombre de 109, qui me paraît avoir constitué le volume primitif. Mabillon lui donnait huit cents ans d'existence[2], l'estimant ainsi de la seconde moitié du neuvième siècle. Une note anonyme, qu'on lit en tête du premier feuillet, en fait remonter la transcription à la fin du septième ou au commencement du huitième[3]. MM. Daremberg et Renan sont du même avis[4]; mais j'avoue que les deux lignes de *fac-simile* qu'ils ont insérées dans leur *Rapport* ne permettent pas d'apprécier l'exactitude de cette attribution.

2° *Manuscrit du collége de Clermont.*

91. Après le manuscrit de Sainte-Croix, c'était celui du collége de Clermont que je désirais le plus vivement rencontrer. L'usage qu'en avaient fait Holstein et Garnier lui donnait à mes

est un Code de Justinien avec gloses; il a été acheté pour la bibliothèque royale de Berlin. Cf. Blume, *Bibliotheca librorum manuscriptorum italica*, p. 155, 157.

[1] MM. Daremberg et Renan (*Archives des Missions*, I, 245) pensent qu'il portait dans la bibliothèque de Sainte-Croix le numéro CCCXX; cela me paraît d'autant moins probable que cette bibliothèque n'a jamais possédé plus de cent soixante-douze manuscrits sur vélin. On voit d'ailleurs par le catalogue dont Montfaucon a publié des extraits, qu'il portait le numéro 117, et qu'il était désigné sous le titre de *Formularium pontificum*.

[2] « Vetustissimum annorum octingentorum exemplar. » *Museum italicum*, I, 35. — C'était également l'avis de D. Germain, comme on l'a vu ci-dessus, p. 84, note 3.

[3] « Preciosissimus est iste codex, scriptus Longobardorum tempore, for-« tassis inter septimum et octavum seculum..., ex quo referri potest codi-« cem scriptum vel labente septimo seculo, vel inchoante octavo. » *Archives des Missions*, I, 245.

[4] Cf. *ibidem*.

yeux un prix particulier. Il a malheureusement échappé à toutes mes recherches, et c'est en vain que j'ai suivi, dans l'espoir de le découvrir, les traces de la riche collection dont il faisait partie [1].

92. La bibliothèque du collége de Clermont, comme toutes celles que les Jésuites avaient formées, ne remontait qu'au commencement du dix-septième siècle [2]; elle fut vendue avec leurs autres biens à l'époque de leur suppression. On espéra un moment qu'elle pourrait échapper au sort commun; de généreuses démarches furent tentées pour conserver à la France ce précieux dépôt, aux destinées duquel les membres les plus illustres de la Société, les PP. Sirmond, Petau, Labbe, Garnier, Hardouin, avaient tour à tour présidé; mais la violence des passions contemporaines rendit ces efforts inutiles, et la célèbre bibliothèque fut dispersée comme le reste [3]. Au mois de juillet 1763 elle dut évacuer les bâtiments du collége, qu'un arrêt du 7 septembre précédent venait de concéder à l'Université [4]. On la transporta provisoirement à Saint-Germain des Prés. Trois religieux des Blancs-Manteaux, D. Clément, D. Tassin et D. Durand, et trois religieux de Saint-Germain, D. Patert,

[1] Il n'existe pas d'histoire spéciale de la bibliothèque du collége de Clermont. On trouve quelques détails intéressants dans le livre de Maichel, *Introductio ad historiam literariam de præcipuis bibliothecis Parisiensibus*; in-8°, Cambridge, 1721. Mais l'ouvrage le plus utile à consulter est celui que M. Léopold Delisle vient de publier sous ce titre : *le Cabinet des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, in-4°, Paris, 1868.

[2] « Hæc itaque bibliotheca sua initia post restaurationem ipsius ordinis « in Gallia sumpsit, anno circiter 1608. » Maichel, *op. cit.*, p. 93.

[3] « J'ai été voir M. Brotier... Il m'a parlé du malheureux sort des bibliothèques des Jésuites... Dans l'espoir de préserver ces riches collections, il avait proposé au clergé de Paris d'acheter la Maison professe et d'y réunir les différentes bibliothèques de l'ordre, mais ses efforts restèrent inutiles, et la dispersion fut inévitable. » Journal de Liden analysé par M. Geffroy (ap. *Archives des Missions*, V, 383). — « Ce fut une calamité de la science européenne, d'autant plus irréparable que pas un seul de ces rares trésors n'a été décrit dans les diverses diplomatiques françaises. » Rapport adressé à M. le ministre de l'Instruction publique par le R. P. D. Pitra (ap. *Archives des Missions*, I, 569).

[4] Voir *Mémoire sur l'administration du collége de Louis-le-Grand* (ap. *Recueil de plusieurs des ouvrages de M. le président Rolland*, in-4°, Paris, 1783). Jourdain, *Histoire de l'Université de Paris*, p. 403 et suiv.

D. Housseau et D. Grenier, furent chargés d'examiner les manuscrits, de les classer et d'en dresser l'inventaire[1]. Après un mois de travail, ils abandonnèrent à D. Clément le soin d'achever l'œuvre commune[2]. Deux savants orientalistes, MM. de Guignes et Bernard, prêtèrent leur concours pour la description des volumes hébreux, arabes et chinois[3]. Le catalogue parut en 1764; il contenait 856 numéros[4]. La vente aux enchères devait commencer dans le courant de l'automne; toutefois un avis préliminaire informait le public que jusqu'au 1er septembre les administrateurs du collége recevraient les propositions qui seraient faites pour l'acquisition à l'amiable de la totalité. Un riche et savant Hollandais, Gérard Meerman, l'auteur du *Thesaurus juris* et des *Origines typographicæ*, s'empressa de répondre à cet appel. Il offrit 15 000 livres et fut agréé[5]. Mais à peine les manuscrits étaient-ils emballés et partis pour la Hollande, que le Roi eut des regrets et fit prier Meerman de lui rétrocéder quelques articles, auxquels les érudits français attachaient un prix particulier[6]. La prière équivalait à un ordre, d'autant que le ministère avait déjà fait arrêter les caisses à Rouen et signifié défense de les laisser sortir du royaume. Meerman s'exécuta de bonne grâce; il offrit gratuitement les articles qu'on demandait et reçut en échange le collier de Saint-Michel[7]. Cette dîme une fois prélevée, les manuscrits purent

[1] D. Tassin, *Histoire littéraire de la congrégation de Saint-Maur*, in-4°, Paris, 1770, p. 668.

[2] Cf. *ibidem*.

[3] « Silere nefas ducimus officia clarissimorum virorum D. de Guignes et « D. Bernard, quorum alter linguarum orientalium peritissimus, arabico- « rum et sinicorum codicum; alter regius hebraicæ linguæ interpres, rab- « binicorum noticiam nobis suppeditavit. » Avertissement placé en tête du Catalogue cité dans la note suivante.

[4] *Catalogus manuscriptorum codicum collegii Claromontani, quem excipit Catalogus manuscriptorum Domus professæ Parisiensis*, in-8°, Paris, 1764.

[5] Journal de Liden analysé par M. Geffroy (ap. *Archives des Missions*, V, 384.

[6] Ces manuscrits étaient au nombre de 42, dont 5 grecs, 8 latins et 29 français. M. Delisle (*op. cit.*, p. 435, notes 8, 9, 10) en donne les numéros d'après un état dressé le 20 avril 1765, qui se trouve à la Bibliothèque impériale, *Collection Moreau*, vol. 296.

[7] « Pour éviter un procès avec le gouvernement français, M. Meerman prit l'honorable résolution de faire don à la Bibliothèque royale des *trois* ou

continuer leur route et furent transportés à La Haye, où Meerman avait établi le siége de sa fortune et de ses trésors littéraires [1]. Ils passèrent, après sa mort, à son fils Jean Meerman, qui fut le dernier de sa race. Les héritiers de celui-ci les firent vendre aux enchères en 1824. Le plus grand nombre fut acheté par sir Thomas Phillipps et fait aujourd'hui partie de cette merveilleuse collection de manuscrits que le savant baronnet a réunie dans son château de Middlehill, au comté de Worcester [2].

93. Telle est, en résumé, l'histoire des manuscrits du collége de Clermont. Elle ne fournit malheureusement aucune lumière sur le sort actuel du *Liber diurnus*. On sait que les Jésuites le possédaient déjà en 1616 [3], et qu'ils le conservèrent jusqu'au jour de leur suppression. Il figure sous le numéro DLXXVII dans le catalogue rédigé par D. Clément; et comme il ne fut pas compris au nombre de ceux que le Roi se fit céder, on peut tenir pour certain qu'il entra dans la bibliothèque de Meerman.

quatre manuscrits dont on avait le plus envie. A ce prix les autres sortirent de France avec un ruban de chevalier pour remercier M. Meerman de sa libéralité forcée. Il n'a jamais porté cette décoration. » Journal de Liden analysé par M. Geffroy (ap. *Archives des Missions*, V, 384). — « At horum « codicum partem, quæ ad francici regni pertinebat historiam, restituere « ita illum coegit Ludovicus XV, ut nihil soluti pretii, sed solum Sancti « Michaelis equitum decus Gerardo Meermanno tribueret. » Cras, *Elogium Joannis Meermanni* (in-8°, Amsterdam, 1817), p. 3. — Il paraît que dans l'exécution du traité fait avec Meerman on ne se conforma pas rigoureusement à l'état dressé le 20 avril 1765. Quelques-uns des articles portés sur cet état demeurèrent entre les mains du savant Hollandais, et d'autres furent livrés en échange. M. Delisle (*op. cit.*, p. 436, notes 2, 3, 4, 5, 6) fournit à cet égard des renseignements très-précis et donne les numéros de tous les manuscrits qui entrèrent à la Bibliothèque du Roi.

[1] « Gerardus Hagam comitum migravit, ibi sedem rerum ac fortunarum « collocavit magnaque fama celebratam bibliothecam instruxit. » Cras, *op. cit.*, p. 33.

[2] La bibliothèque de Middlehill est bien connue des savants français, et plusieurs d'entre eux ont été admis à y travailler. Dans un Rapport adressé à M. le ministre de l'Instruction publique, le R. P. D. Pitra a fait une peinture chaleureuse des trésors littéraires qu'elle renferme et du généreux empressement avec lequel sir Thomas Phillipps accueille les visiteurs étrangers. Cf. *Archives des Missions*, I, 557 et suiv.

[3] Cela résulte d'une lettre adressée par le P. Sirmond à Scipion Cobelluzzo, cardinal du titre de Sainte-Suzanne, sous la date du 16 novembre 1616 (ap. *Sirmondi Opera*, IV, 651).

Mais à dater de ce moment, il devient impossible de suivre sa trace. Il n'est pas mentionné dans le catalogue publié après la mort de Jean Meerman, où se retrouvent la plupart des manuscrits des Jésuites [1]. Il n'a donc pas été vendu à sir Thomas Phillipps, comme le pensaient MM. Daremberg et Renan [2], et c'est en vain qu'on le chercherait dans les différents inventaires de la bibliothèque de Middlehill [3]. Peut-être Gérard ou Jean Meerman en avaient-ils disposé de leur vivant ; peut-être l'avaient-ils prêté à quelque savant qui aura négligé de le rendre. S'il n'a pas été détruit, s'il existe encore au fond de quelque bibliothèque, je souhaite que mon livre parvienne jusqu'à son heureux possesseur, et lui inspire la pensée de communiquer au public un texte que je regrette vivement de n'avoir pu consulter.

94. Quoi qu'il en soit, nous ne manquons pas absolument de renseignements sur l'état matériel, l'âge et le contenu de ce précieux manuscrit. La description qu'en a donnée D. Clément nous apprend qu'il était de format in-4° et se composait de trente feuillets de vélin, sans compter un cahier d'une écriture plus récente, et d'ailleurs étranger au corps de l'ouvrage, que le relieur avait compris sous la même couverture [4]. D'un autre côté le P. Garnier en a publié la table des rubriques, à la suite de celle du manuscrit de Sainte-Croix [5]. En comparant ces tables, on voit que les deux exemplaires renfermaient, à un seul numéro

[1] Cf. *Bibliotheca Meermanianna, sive Catalogus librorum impressorum et codicum manuscriptorum, quos morte dereliquit Johannes Meerman*, 4 vol. in-8°, La Haye, 1824. — Le quatrième volume de ce catalogue est entièrement consacré aux manuscrits.

[2] Cf. Rapport à M. le ministre de l'Instruction publique (ap. *Archives des Missions*, I, 244).

[3] Cf. *Catalogus librorum manuscriptorum in bibliotheca D. Thomæ Phillipps bart.*, impressus typis Mediomontanis, mense maio 1837, in-4°. — Hænel, *Catalogi librorum manuscriptorum, qui in bibliothecis Galliæ, Britanniæ, etc..., asservantur* (in-4°, Leipzig, 1830), p. 803 et suiv.

[4] « Codex membranaceus, in-4°, complectens folia 30, sæculo IX exaratus « ac in fine mutilus. Ibi continetur *Liber diurnus Romanorum pontificum*. « Adjunctus est quaternio membranaceus, sæculo XII exaratus, in quo « habetur *Qualiter agatur synodus.* » Cf. *Catalogus manuscriptorum codicum collegii Claromontani*, p. 207.

[5] Voir la *Préface* de Garnier, n° XXIII.

près, le même nombre de formules [1]; mais cette rencontre était purement fortuite, car D. Clément fait observer que le manuscrit des Jésuites était incomplet, *in fine mutilus;* il se terminait par la rubrique d'une formule, *Epistola evocatoria,* dont le texte devait se trouver sur le feuillet suivant [2], et peut-être cette formule était-elle accompagnée de plusieurs autres. On voit encore que si les deux recueils avaient un fonds commun, ils n'étaient cependant pas formés d'éléments identiques; le manuscrit du collége de Clermont contenait huit formules qui manquaient à celui de Sainte-Croix [3], et réciproquement le manuscrit des Cisterciens renfermait sept formules qui n'existaient pas dans celui des Jésuites [4]. L'ordre dans lequel les formules étaient rangées différait aussi d'une manière notable [5], et le seul trait de ressemblance que les deux recueils eussent à cet égard, était d'offrir, l'un comme l'autre, un classement confus et peu régulier [6]. Enfin je ne doute pas que la comparaison des textes n'eût permis de relever un grand nombre de variantes.

[1] La comparaison des deux tables semble au premier abord contredire cette assertion. On y voit en effet que le manuscrit du Vatican ou de Sainte-Croix ne renferme que quatre-vingt-dix-neuf formules, et que celui des Jésuites en contient cent onze. Mais l'écart n'est qu'apparent et tient à ce que les matières comprises sous la rubrique *Indiculum epistolæ faciendæ* ne constituent, dans le premier manuscrit, qu'une seule formule subdivisée en douze articles, tandis que dans le second elles forment douze formules séparées.

[2] Voir la note suivante.

[3] Au lieu de *huit* formules, il serait plus exact de dire *sept* formules et la rubrique d'une *huitième*, puisque le texte de la dernière avait disparu par suite de la mutilation du manuscrit et qu'il n'en subsistait que la rubrique. Mais comme ce texte a pu être restitué d'après l'*Ordo romanus*, et que la formule dont il s'agit figure dans les éditions d'Holstein et de Garnier, j'ai cru pouvoir la faire entrer en ligne de compte. Je prie le lecteur de vouloir bien se souvenir de la présente observation toutes les fois qu'il sera question de ces *huit* formules, dont l'existence constitue un des caractères distinctifs du manuscrit des Jésuites.

[4] Ce sont les formules XIX, XX, XXI, LXXVIII, LXXIX, LXXX et XCIX.

[5] « Duos exhibeo diversos pugnantesque *Libri diurni* syllabos. » Garnier, *Préface*, n° XXII.

[6] « Magna confusione permisceri plura. » Garnier, *Préface*, n° XXII. — « tanta utriusque exemplaris discrepantia, tanta etiam utriusque propria « perturbatio. » *Ibidem*, n° XXIII.

Malheureusement le P. Garnier n'a respecté ni l'orthographe, ni les formes grammaticales, ni même la syntaxe du manuscrit des Jésuites, et par suite il a rendu impossible une opération qui eût offert quelque intérêt au point de vue de la philologie. Toutefois les libertés qu'il a prises, et qu'il ne fait aucune difficulté d'avouer, ont laissé subsister certaines particularités qui tiennent au fond même de la rédaction, et qu'on peut considérer comme caractéristiques. C'est ainsi qu'en ce qui regarde la date de la formule LXXXII, on voit que la leçon du manuscrit de Sainte-Croix, *mense illo*, *indictione illa*, était remplacée dans le manuscrit des Jésuites par celle-ci : *mense decembri*, *indictione quarta*[1]. Je pourrais citer d'autres exemples; mais il me semble inutile, et peut-être serait-il dangereux de les multiplier. Quant à l'âge du manuscrit, il est impossible, en l'absence de l'original, de le fixer, même approximativement. D. Clément en attribuait la transcription au neuvième siècle; Garnier la faisait remonter au huitième[2]; Labbe, au contraire, paraissait disposé à la reculer jusqu'au dixième[3]. Dans l'incertitude, j'inclinerais vers l'opinion de Garnier, parce qu'en sa qualité d'éditeur il avait dû faire de la question une étude approfondie.

3° *Manuscrit de M. de Montchal.*

95. On connaissait au dix-septième siècle un troisième manuscrit du *Liber diurnus*. Il appartenait à M. de Montchal, archevêque de Toulouse, et Launoy en avait publié quelques extraits[4]. Ce manuscrit a disparu comme celui du collége de Clermont, et je n'ai pu découvrir ce qu'il est devenu.

96. La bibliothèque de M. de Montchal jouissait d'une réputation méritée. Elle était riche en manuscrits orientaux, grecs

[1] Voir plus haut, chap. I, n° 22.

[2] « Manuscriptus codex... suam insuper non a gentorum circiter annorum « ætatem proprio latini caracteris modo loquitur. » Garnier, *Préface*, n° X.

[3] « La copia del *Diurnus*, della quale... si dice esser stata già dal P. Sir- « mondo, sta hora in mano del P. Labbe, il quale mi riferisce che è scritta « in membrane antichissime con lettere che svaniscono di vecchiaja mos- « trando l' età di 700 ò 800 anni. » Lettre du P. Possin au cardinal Barberini, en date du 11 octobre 1662 (ap. Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLXX.

[4] Voir plus haut, n°s 35, 37.

et latins, que le docte archevêque avait achetés à grands frais dans toute l'Europe, et qu'il mettait avec empressement à la disposition des savants[1]. A sa mort, arrivée le 22 août 1651, ses héritiers les offrirent à la reine de Suède[2]; quelques années plus tard, en 1654, ils entrèrent en marché avec un conseiller au parlement de Dijon, Jean Bouhier, l'aïeul et le digne précurseur du célèbre président[3]; enfin ils réussirent à les vendre en bloc au surintendant Fouquet, qui par ostentation plus encore que par goût avait réuni dans sa maison de Saint-Mandé une magnifique collection de livres, de statues, de bronzes et d'anciennes médailles[4].

97. La disgrâce de Fouquet suivit de près cette acquisition. Il fut arrêté à Nantes le 5 septembre 1661; ses papiers, ses livres, ses objets d'art furent mis sous scellés, et des commissaires pris dans le sein du Conseil d'État furent chargés par le chancelier d'en dresser l'inventaire. On trouva dans la grande salle 7 000 in-folio, 12 000 in-4°, 8 000 in-8°, et dans une chambre voisine 1 900 articles qui n'étaient point encore classés[5]. L'ensemble de la bibliothèque se montait à plus de 30 000 volumes, dont environ 1050 manuscrits[6]. Un des commissaires, le conseiller d'État de La Fosse, raconte dans une lettre adressée au chancelier le 7 octobre 1661, que pendant qu'il travaillait au récolement de toutes ces richesses, deux cordeliers espagnols demandèrent la permission de les visiter; ils s'arrêtèrent devant les rayons où se trouvaient les Alcoran, les Talmud et quelques vieux interprètes de la Bible, et, après un examen qui ne dura pas moins de cinq ou six heures, ils déclarèrent que le roi d'Espagne ne possédait rien de pareil[7].

[1] Cf. *Biographie universelle*, art. MONTCHAL.

[2] Delisle, *Le Cabinet des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, p. 271. — Voir, au sujet de cette négociation, une lettre d'Isaac Vossius, bibliothécaire de la reine de Suède (ap. Burmann, *Sylloge epistolarum*, III, 620).

[3] Delisle, *ibidem*. — Mémoire de M. le président Bouhier sur sa bibliothèque, à la suite du *Commentarius de vita et scriptis Joannis Buherii*, par François Oudin, in-4°, Dijon, 1746.

[4] Delisle, *ibidem*. — Chéruel, *Mémoires sur Fouquet*.

[5] Chéruel, *Mémoires, etc.*

[6] Le Prince, *Essai historique sur la Bibliothèque du Roi*, p. 52; Delisle, *op. cit.*, p. 270.

[7] Cette lettre est conservée à la Bibliothèque impériale, fonds français, n° 17398.

98. Cependant les créanciers de Fouquet, en apprenant son arrestation, s'étaient empressés de faire saisir tout ce qui lui appartenait. Mais, grâce aux lenteurs des formes judiciaires, l'estimation de la bibliothèque de Saint-Mandé, confiée à quatre libraires-jurés, n'eut lieu qu'au mois d'août 1665[1], et la vente fut retardée jusqu'en 1667. Avant qu'elle commençât, un des employés supérieurs de la Bibliothèque royale, M. de Carcavy, reçut mission d'aller choisir ce qui pouvait convenir au Roi. Il mit de côté un recueil relatif à l'histoire d'Italie, qui avait été formé par le célèbre libraire Raphael Trichet, sieur du Fresne, et environ 1 500 volumes de tous formats; ce lot ne comprenait qu'un très-petit nombre de manuscrits[2]. Un second lot renfermant plus de 500 manuscrits modernes, copiés aux frais de Fouquet, parmi lesquels se trouvaient un double de la collection Brienne ainsi que d'amples extraits des registres du Parlement et de la Chambre des Comptes, fut acquis par M. Le Ragois de Bretonvilliers[3]. Enfin un troisième lot un peu moins considérable, mais composé de manuscrits anciens, et dans lequel on fit entrer la plupart de ceux qui avaient appartenu à M. de Montchal, échut à Maurice Le Tellier, qui venait d'être nommé coadjuteur de l'archevêque de Reims[4]; c'était la partie la plus précieuse des collections de Fouquet. Je ne parle pas des livres imprimés, qui furent vendus aux enchères et dispersés dans une foule de bibliothèques.

99. Le Tellier, comme plusieurs de ses illustres contemporains, avait le goût des livres. Il s'en était procuré un grand nombre dans ses voyages en Italie, en Belgique, en Hollande,

[1] Le procès-verbal de cette estimation, signé par les quatre libraires Jacques Villery, Pierre Le Petit, Louis Gontier et Pierre Bienfaict, se trouve à la Bibliothèque impériale, fonds français, n° 9438.

[2] Le Prince, *Essai historique*, p. 47, 52, 53; Delisle, *op. cit.*, p. 273.

[3] Quelques-uns de ces manuscrits entrèrent plus tard à la Bibliothèque du Roi; d'autres allèrent chez Lancelot, Caumartin et Clairambault. Cf. Delisle, *op. cit.*, p. 274.

[4] « Ces manuscrits, parmi lesquels il y en avait quelques-uns de très-anciens, avaient appartenu à M. Fouquet et venaient la plupart de M. de Montchal, archevêque de Toulouse. » Le Prince, *Essai historique*, p. 70. — « Il put recueillir chez Fouquet la collection de Charles de Montchal, archevêque de Toulouse; à peine y manquait-il quelques volumes. » Delisle, *op. cit.*, p. 304.

en Angleterre, et avait à plusieurs reprises chargé des savants de lui en acheter en Allemagne [1]. Il possédait aussi de rares et précieux manuscrits, qu'il avait tirés en partie des bibliothèques de Nostradamus, Pinguenet, Savaron, Antoine Faure et Moreau, en partie des abbayes de La Grasse, Saint-Amand et Saint-Martin de Tournai [2]. L'héritage de Montchal, qu'il recueillit chez Fouquet, doubla l'importance de sa collection et en devint le plus bel ornement. Dix ans environ avant sa mort, vers la fin de 1700, il consentit à se dépouiller de la plus grande partie de ces richesses, et offrit en pur don à la Bibliothèque du Roi 500 manuscrits, dont 14 orientaux, 111 grecs, 306 latins, 53 français et 16 italiens ou espagnols. En dehors de ses livres imprimés, dont le nombre était considérable, il ne s'était réservé que 58 manuscrits liturgiques, tels que bréviaires, missels, antiphonaires et psautiers. En 1710, ces 58 manuscrits furent remis à leur tour à la Bibliothèque royale par son héritier, l'abbé de Louvois [3], tandis que les imprimés passaient, en vertu de son testament, aux chanoines de Sainte-Geneviève [4].

100. La collection de M. de Montchal a donc évité le sort de tant de riches et célèbres collections. Elle est entrée presque entière à la Bibliothèque du Roi, y compris l'inventaire que le savant archevêque de Toulouse en avait fait dresser [5]. Mais au moment où les libéralités de Le Tellier la mettaient pour toujours à l'abri de la dispersion, le *Liber diurnus* avait cessé d'en faire partie. Qu'était-il devenu au milieu de toutes ces vicissitudes? Launoy, qui en avait eu communication du vivant de Montchal, paraît l'avoir consulté de nouveau dans les années qui s'écoulèrent entre la mort du prélat et la vente de ses manuscrits [6]. Nous apprenons en outre, par une lettre du P. Possin,

[1] Voir l'*Avant-propos* placé en tête de la *Bibliotheca Telleriana*, in-folio, Paris, 1693.

[2] Delisle, *op. cit.*, p. 304.

[3] Le Prince, *Essai historique*, p. 70, 71 ; Delisle, *op. cit.*, p. 302, 304.

[4] Alfred de Bougy, *Histoire de la bibliothèque Sainte-Geneviève*, p. 104.

[5] Cet inventaire est conservé à la Bibliothèque impériale, fonds latin, n° 10380; il a été publié par Montfaucon, *Bibliotheca bibliothecarum*, II, 896, mais avec un assez grand nombre d'erreurs et d'omissions.

[6] « Laudatum porro ecclesiæ romanæ *Diurnum* qui videre voluerit, apud « eos videbit ad quos integra pervenit Caroli Montchalli, Tolosatis archie- « piscopi, bibliotheca. » *Dissertatio de commentitio Lazari et Maximini*,

qu'il était passé chez Fouquet [1]; mais à partir de la chute du surintendant nous perdons complétement sa trace. Il ne figure ni sur les inventaires des prélèvements opérés à Saint-Mandé par M. de Carcavy [2], ni sur le catalogue des manuscrits modernes acquis par Le Ragois de Bretonvilliers [3]. Il aurait dû, selon toute vraisemblance, être compris dans le lot d'anciens manuscrits vendus au coadjuteur de Reims; mais dans cette hypothèse, comment expliquer qu'il ne se retrouve ni parmi les 500 manuscrits offerts en 1700 par Le Tellier lui-même [4], ni parmi les 58 volumes liturgiques remis après sa mort par l'abbé de Louvois [5]? Nous possédons, il est vrai, un témoignage ancien de sa disparition. Sur l'inventaire de la collection Montchal, en marge de l'article qui lui est consacré, on lit le mot *Deficit* [6]. Malheureusement rien n'indique à quelle époque eut lieu le récolement auquel cette mention se réfère. Faut-il l'attribuer aux mandataires envoyés par Le Tellier pour prendre livraison des manuscrits de Saint Mandé, ou aux bibliothécaires du Roi chargés de recevoir les riches présents de l'archevêque de Reims? Dans le premier cas, on pourrait supposer que le *Diurnus* s'est égaré au milieu des opérations de saisie et d'inventaire qui suivirent l'arrestation de Fouquet; dans le second, on pourrait ad-

Magdalenæ et Marthæ in Provinciam appulsu, part. II, cap. x, observ. 10 (édit. de 1660).

[1] « Ora questo manoscritto, che fu già del signor di Montchal, sta hog-« gidì nella libreria del signor Fouquet. » Lettre du P. Possin au cardinal Barberini, en date du 11 octobre 1662 (ap. Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLXX). — Quand le P. Possin écrivait cette lettre, Fouquet était déjà prisonnier; mais le savant jésuite, que sa santé retenait en Italie, devait l'ignorer.

[2] Cf. Catalogue des manuscrits et livres italiens ayant formé la collection de Du Fresne, ayant passé chez Fouquet et pris à Saint-Mandé. — Catalogue des livres choisis pour le Roi à Saint-Mandé. — Ces deux inventaires sont conservés à la Bibliothèque impériale dans les archives du Cabinet des manuscrits.

[3] Cf. *Mémoire des manuscrits de la bibliothèque de M. Fouquet*, in-12, Paris, 1667.

[4] Le catalogue de ces manuscrits existe à la Bibliothèque impériale, fonds latin, n° 9369.

[5] Ces cinquante-huit volumes se trouvent catalogués avec les livres imprimés dans la *Bibliotheca Telleriana*.

[6] Cf. Bibliothèque impériale, fonds latin, n° 10380, art. CLXXXV. — Dans la *Bibliotheca bibliothecarum* de Montfaucon, le *Diurnus* est inscrit par erreur sous le numéro CLXXXIV.

mettre que Le Tellier, mêlé à toutes les agitations religieuses de l'époque, en avait disposé au profit de quelque écrivain de son parti. Cette dernière hypothèse n'a rien d'invraisemblable; elle acquerrait même un grand degré de probabilité, s'il était certain que Baluze, qui cite à plusieurs reprises le manuscrit Montchal, avait réellement tenu cet exemplaire entre les mains; mais il y a de bonnes raisons de penser qu'il n'en possédait qu'une copie [1].

101. En résumé, le manuscrit dont il s'agit paraît définitivement perdu, ou du moins égaré; mais le dommage n'est pas aussi grand qu'on pourrait le croire. Le lecteur en jugera par la description suivante que j'extrais du catalogue : « Excerpta ex « libro Romanorum pontificum qui dicitur *Diurnus*. Incip. « *Superscriptio ad principem*; desin. : *Ut læta jam mente Christo* « *laudes feramus*. Chartaceus [2]. » Ce n'était donc pas, comme les manuscrits de Sainte-Croix et du collége de Clermont, un précieux *codex* en vélin, transcrit au huitième ou neuvième siècle ; c'était une simple copie sur papier, probablement d'écriture moderne [3]. On n'y trouvait pas le texte entier du formulaire, mais seulement des extraits, *excerpta*, et la seule circonstance qui puisse exciter nos regrets, c'est que cette copie avait peut-être été prise sur l'exemplaire du collége de Clermont, que nous ne possédons plus. En effet, les mots qui la terminaient, *ut læta jam mente Christo laudes feramus*, appartiennent à une formule qui était la dernière de cet exemplaire [4], et qui manque dans celui du Vatican.

4° *Manuscrits de la Bibliothèque impériale.*

102. La Bibliothèque impériale possède deux copies modernes du *Liber diurnus*, qui ne méritent pas une longue description. La première fait partie des papiers de Baluze, et se trouve re-

[1] Voir plus bas, n° 102.

[2] Je cite d'après le Catalogue manuscrit conservé à la Bibliothèque impériale (fonds latin, n° 10380), parce que le texte publié par Montfaucon est beaucoup moins complet.

[3] Baluze le désigne le plus souvent sous le titre d'*apographum*.

[4] Cette formule n'était en réalité que l'*avant-dernière*; la *dernière* était celle dont il ne subsistait que la rubrique; on comprend que le copiste de Montchal n'en eût pas tenu compte. Voir ci-dessus, p. 93, note 4.

liée dans le tome CCLXXIV de cette précieuse collection, désignée vulgairement sous le nom d'*Armoires*. Le savant bibliothécaire de Colbert nous a lui-même appris comment il se l'était procurée : « J'ay faict copier ce *Diurnus*, dit-il dans une note placée à la suite du texte[1], sur une copie que M. Bignon m'a prestée, et je l'ay corrigé ensuite sur une autre copie que M. le prieur de Sainte *** m'a communiquée, qui avoit esté faicte sur l'exemplaire de M. de Montchal; celle de M. Bignon est très-incorrecte et a esté faicte en Italie, sans doute dans le voyage de son beau-père, mais elle contient aussy des mots et des circonstances qui sont meilleures que ce qui est dans l'autre. » Ce n'est donc qu'une copie de copie, et Baluze n'a rien exagéré en parlant de son incorrection; elle fourmille de fautes, d'omissions et de contre-sens. — La seconde est comprise dans un volume de *Miscellanea*, qui avait été composé pour M. de Harlay, et qui, après avoir appartenu aux religieux de Saint-Germain des Prés, forme aujourd'hui le numéro 11743 du fonds latin[2]. Elle est l'œuvre d'un copiste italien qui n'avait aucune notion de paléographie[3], et je ne la crois pas moins défectueuse que la précédente; on y rencontre à chaque page les erreurs les plus grossières : *quantum* pour *quoniam*, *episcopus* pour *epistola*, *patria* pour *patrimonium*, *notarius regis* pour *notarius regionarius*, etc., etc. Ces deux copies ne sauraient donc être d'aucune utilité pour l'établissement du texte, mais il n'est pas sans intérêt de constater qu'elles procèdent, l'une et l'autre, sinon du manuscrit de Paris, du moins d'un manuscrit de la même famille; l'ordre et le nombre des formules qu'elles renferment sont exactement conformes à la table des rubriques publiée par Garnier[4]; elles se terminent par le même membre de phrase que l'exemplaire de Montchal[5]; elles offrent enfin cette

[1] Cf. Bibliothèque impériale, *Armoires de Baluze*, vol. CCLXXIV, p. 207, *in fine*.

[2] Cf. Delisle, *Inventaire des manuscrits de Saint-Germain des Prés*, p. 11.

[3] On lit dans une note inscrite sur la feuille de garde : « C'est une copie du *Diurnus romanus* faite par un Italien qui escrivoit peu correctement ce qu'on lui dictoit. »

[4] Voir la *Préface* de Garnier, n° XXIII.

[5] Cf. *supra*, n° 101, *in fine*.

particularité remarquable, que la date de la formule LXXXII y est exprimée par les mots *mense decembri, indictione quarta*[1].

103. La Bibliothèque impériale possède encore, sous le numéro 1458 du fonds latin, un manuscrit qui a successivement appartenu à de Thou et à Colbert, et dont je dois dire quelques mots, parce qu'il se rattache indirectement à l'histoire du *Liber diurnus*. C'est un recueil de fragments qui diffèrent les uns des autres par l'âge, l'écriture et le format, mais qu'on a réunis sous la même couverture, par la raison sans doute qu'ils renferment tous des matières de droit ou d'histoire ecclésiastique[2]. Un de ces fragments, celui qui termine le volume, appartient au douzième siècle et paraît d'origine italienne ; il contient des textes tirés de l'Écriture sainte, des Pères de l'Église, des Conciles, des Décrétales, des Lois romaines et des Capitulaires, au milieu desquels se trouvent six formules du *Diurnus*. Ce fragment ne provient donc pas d'un exemplaire de notre formulaire, mais d'un ouvrage dont l'auteur l'avait mis à contribution, et les recherches auxquelles je me suis livré m'ont convaincu que cet ouvrage n'était autre que la collection du cardinal Deusdedit[3]. Aussi n'aurais-je pas classé le manuscrit dont il s'agit parmi ceux du *Liber diurnus*, si Baluze et Garnier n'avaient pris soin d'en relever les variantes et ne l'avaient, à plusieurs reprises, cité dans leurs notes, l'un sous le titre de *Codex Colbertinus*, l'autre sous celui de *Codex Thuaneus*.

5° *Manuscrit des Franciscains de Castel-Gandolfo.*

104. Je dois enfin, pour ne rien omettre, mentionner un manuscrit du *Liber diurnus*, dont Troya a signalé l'existence chez les Franciscains de Castel-Gandolfo, et qui paraît provenir du cardinal Tommasi[4], dont on sait que les RR. PP. avaient recueilli la bibliothèque[5]. Malheureusement l'éminent historien

[1] Voir plus haut, chap. I, n° 22, et chap. IV, n° 94.

[2] Cf. *Catalogus codicum manuscriptorum Bibliothecæ regiæ* (in-fol., Paris, 1739-1744), t. III, p. 118.

[3] Voir plus haut, t. XIV, p. 117, note 3.

[4] « La copia d'un codice del cardinale Tommasi da me veduta nella li-« breria de' PP. Riformati di Castel-Gandolfo. » Troya, *Della condizione dei Romani vinti dai Longobardi* (in-8°, Milan, 1844), p. 75.

[5] Cf. Greith, *Spicilegium Vaticanum*, p. 15.

est mort avant d'avoir publié la dissertation qu'il avait promise sur le pape Honorius, et dans laquelle il devait donner une description détaillée de ce manuscrit. Nous sommes réduits aux quelques indications éparses dans ses ouvrages[1]; mais ces indications suffisent pour montrer qu'il s'agit encore ici d'une copie moderne, et non d'un exemplaire contemporain de celui du Vatican.

§ 2. — Editions du *Liber diurnus*.

1° *Edition de Luc Holstein.*

105. J'ai longuement parlé de l'édition d'Holstein dans le second chapitre de ces *Recherches*, et j'ai retracé l'histoire de ses vicissitudes. Je me bornerai donc ici à donner quelques renseignements techniques sur sa composition matérielle, sur les sources auxquelles l'éditeur avait puisé et sur l'ordre dans lequel il a classé les formules.

106. C'est en 1644 ou 1645 qu'Holstein avait commencé à s'occuper du *Liber diurnus*, et c'est en 1650, après avoir inutilement sollicité l'autorisation des censeurs, qu'il cessa d'y travailler[2]. Quand il suspendit l'impression, le volume était parvenu à la page 232, c'est-à-dire qu'il comprenait quinze cahiers (*octerniones*) cotés depuis A jusqu'à P; mais le quinzième, dont les huit premières pages étaient seules remplies, se trouvait encore en *épreuves*. Ces quinze cahiers renfermaient le texte complet du formulaire, précédé de la table des rubriques; le titre était resté manuscrit; les notes, dont la rédaction n'était pas encore achevée, devaient être composées ultérieurement[3].

107. Pour établir son texte, Holstein avait puisé à quatre sources différentes : 1° le manuscrit de Rome, découvert à Sainte-Croix et prêté par Rancati; 2° le manuscrit du collége de Clermont, envoyé en communication par Sirmond; 3° les lettres du pape S. Grégoire; 4° la collection de canons du cardinal Deusdedit. Le manuscrit de Sainte-Croix, qui formait naturellement la base de l'édition, avait fourni quatre-vingt-dix-huit formules; Holstein n'avait laissé de côté que la LVII^e^, qu'il

[1] Cf. *Della condizione*, loc. cit.; *Codice diplomat. Longobardo*, II, 550, 551.

[2] Voir plus haut, n^os^ 32, 33.

[3] Voir plus haut, t. XIV, p. 125, note 4, et p. 141, note 2.

considérait avec raison comme un document liturgique et non comme une pièce de chancellerie. Il avait complété ce premier fonds par l'adjonction de huit formules empruntées au manuscrit des Jésuites[1]. Il avait extrait des OEuvres de S. Grégoire deux lettres, transformées en modèles par la suppression des noms de lieux et de personnes. Enfin, il avait tiré d'une source inconnue, que je crois être la collection du cardinal Deusdedit, une formule portant pour rubrique les mots *Ad diversos episcopos ;* mais c'était surtout pour ses notes qu'il avait mis à contribution ce recueil si riche en documents inédits. L'emprunt fait au manuscrit du collége de Clermont a soulevé quelques doutes ; l'historien le plus exact du *Liber diurnus*, le P. Zaccaria, a cru pouvoir le contester[2]. Mais il serait étrange qu'Holstein eût gardé ce manuscrit pendant trois ans sans en tirer tout ce qu'il renfermait d'intéressant, et qu'il se fût contenté d'en faire usage pour combler les lacunes qu'offraient les premiers feuillets du manuscrit de Sainte-Croix. La question me paraît d'ailleurs tranchée par ce fait que les huit formules dont il s'agit sont précisément celles dont la présence ou l'absence constitue un des caractères distinctifs des exemplaires de Rome et de Paris[3] ; elles manquaient au premier, elles existaient au contraire dans le second, c'est donc ce dernier seul qui a pu les fournir.

108. Grâce à ces éléments combinés, Holstein avait composé un ensemble de cent neuf formules, qui ne répondait exactement au contenu d'aucun manuscrit. Il avait également modifié à son gré l'arrangement intérieur des matières. A l'ordre confus et peu rationnel des manuscrits il avait substitué un ordre méthodique, et tout en appliquant aux cent neuf formules de son recueil une suite unique de numéros, il les avait divisées en sept chapitres ou sections, et les avait classées d'après leur objet. Quant à l'orthographe et aux formes grammaticales, il s'était donné pleine liberté de les corriger, et le seul éloge qu'il mérite est d'avoir mis dans cette opération plus de réserve que la plupart des éditeurs contemporains. Il suffit, pour être édifié sur sa manière de procéder, de comparer le texte de quelques-unes des

[1] Voir ci-dessus, p. 93, note 4.

[2] « Sirmondiano tamen codice usus Holstenius non est. » Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLIII.

[3] Cf. *supra*, n° 94.

formules comprises dans son édition avec le texte des mêmes formules publié par Mabillon d'après le même manuscrit [1].

109. Telle était la situation au moment de la mort d'Holstein. L'exemplaire que Zaccaria avait vu chez Gaetano Marini est le seul qui la représente avec exactitude [2]. Quant aux exemplaires qui furent mis en circulation en 1724, avec le faux millésime de 1658, ils en diffèrent sur plusieurs points [3]. Le corps principal de l'ouvrage, composé des quatorze premiers cahiers, est identique ; mais le titre n'a rien de commun avec celui qu'Holstein avait préparé [4] ; l'Avertissement qui vient après est l'œuvre du nouvel éditeur [5] ; le quinzième cahier, qui aurait dû porter la signature P, est signé de la lettre O, comme le quatorzième [6], et ne contient que sept pages au lieu de huit, de sorte que le volume entier n'en renferme que deux cent trente et une au lieu de deux cent trente-deux. Cette différence dans le nombre des pages tient à l'omission d'une formule ; les exemplaires datés de 1658 n'ont pas de numéro CVII ; la formule qui portait ce numéro dans l'édition originale est devenue la CVIII^{e} ; la CVIII^{e} est devenue la CIX^{e} ; la CIX^{e} a disparu [7]. Les deux éditions paraissent donc au premier abord comprendre le même nombre de documents, mais en réalité la seconde est moins complète que la première. Il est probable que l'éditeur de 1724 ignorait l'existence du manuscrit de Sainte-Croix aussi bien que celle du quinzième cahier laissé par Holstein en *épreuves*, et que pour faire réimprimer ce cahier il a eu recours à l'édition de Garnier [8] ; mais comme cette édition ne contenait pas la for-

[1] Cf. *Museum italicum*, t. I, p. 32 et suiv.

[2] Voir t. XIV, p. 125, note 4, et p. 141, note 2.

[3] Cf. *supra*, n° 46.

[4] J'ai rapporté ces deux titres, le premier t. XIV, p. 125, note 4 ; le second p. 141, note 4.

[5] « Sequens monitum tunc primo additum. » Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLXXIV.

[6] « Quum littera P notari postremus octernio debuisset, quemadmodum « in primo illo anni 1650 exemplo, typorum vitio littera O iteratur. » Zaccaria, p. CCLIV.

[7] Voir, pour tous ces détails techniques, la *Dissertatio* de Zaccaria, p. CCLIV.

[8] « Quum de inventorum exemplorum perfectione cogitaretur, neque « eis, quibus id curæ delatum fuerat, fortasse aut de Vaticano Holstenii

mule CIX, qui n'existait en effet que dans le manuscrit des Cisterciens, il a usé de fraude pour dissimuler son absence.

110. Les notes qu'Holstein avait promises, et dont la perte présumée servit de prétexte au décret de suppression[1], se sont retrouvées, paraît-il, après que la sentence eut reçu son exécution. Zaccaria atteste qu'à la fin du dix-huitième siècle elles existaient dans la bibliothèque du cardinal Zelada, et que son ami Gaetano Marini en possédait une copie[2]. Comme une portion de la bibliothèque Zelada a été acquise par le pape Pie VII[3], il est possible que l'original et la copie se trouvent aujourd'hui au Vatican. Ces notes n'étaient d'ailleurs qu'un amas confus de matériaux, qui n'avaient encore subi aucune élaboration[4]. Elles se composaient en grande partie d'extraits du cardinal Deusdedit, que le P. Zaccaria a utilisés dans sa dissertation sur les patrimoines de l'Eglise romaine[5].

2° *Edition du P. Jean Garnier.*

111. L'édition du P. Garnier est la seule que le public connaisse, et c'est d'après les numéros qu'elles y portent que les formules du *Diurnus* sont généralement citées. Elle forme un

« codice quidquam innotuisset, aut manuscripti Cisterciensis codicis facilis « copia foret, quæ deerant ex Garnerio, quod unum supererat, suppleta ab « illis fuerunt. » Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLXXIV.

[1] Voir plus haut, chap. II, n° 34, et chap. III, n° 71.

[2] « Exstant nunc illæ autographa Holstenii manu in opulentissima litte- « raria gaza, quam principis eminentissimi Francisci Xaverii de Zelada, « S. R. E. bibliothecari, ædes ostentant; earum vero apographum Marinius « meus servat. » Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLIII.

[3] Cf. Blume, *Iter italicum*, t. III, p. 126, 127.

[4] « Magnam illarum partem in tumultuarias schedas retulerat, opportu- « niore mox tempore ordinatius componendam, augendam, elimandam. » Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLIII.

[5] « Quod de hac scribenda dissertatione cogitarim, Holstenianæ in *Li- « brum diurnum* Romanorum pontificum schedæ effecerunt. Quum enim in « illis Gelasii, Pelagii aliorumque pontificum epistolas ex cardinalis Deus- « dedit celeberrima collectione descriptas offendissem ad patrimonia per- « tinentes, illas ad sextum [editionis scilicet Garnerianæ] ejus *Diurni* caput « illustrandum longe aptissimas esse quum animadverterem, recudere non « inutile visum est. » Zaccaria, *De patrimoniis S. R. E.* (ap. *Dissertationes latinæ de rebus ad historiam atque antiquitates Ecclesiæ pertinentibus*, t. II, p. 86).

volume in-4° de deux cent huit pages numérotées, précédées de vingt-huit pages sans chiffres, qui renferment les titre, dédicace, préface, *index capitulorum et titulorum*, et suivies de huit pages également non chiffrées, qui contiennent l'*index rerum et nominum*. Le titre est ainsi conçu : « Liber diurnus Romanorum « pontificum, ex antiquissimo codice manuscripto nunc primum « in lucem editus, opera et studio Joannis Garnerii, presbyteri « e societate Jesu, qui notas dissertationesque addidit. Pari- « siis, MDCLXXX. » Ce titre est immédiatement suivi d'une épître dédicatoire adressée à Nicolas Colbert, abbé Du Bec, qui fut depuis archevêque de Rouen. Après cette épître vient la *Préface*, dans laquelle sont exposés sommairement la nature du recueil, l'usage qu'en ont fait les anciens canonistes, l'intérêt qu'offre sa publication, la confiance que mérite par son antiquité le manuscrit du collége de Clermont, les sources auxquelles les formules ont été puisées, l'époque probable de leur rédaction, la nécessité de les classer dans un ordre méthodique. Le texte, qui forme le corps principal de l'ouvrage, est précédé d'un *index* ou tableau des divisions et subdivisions adoptées par l'éditeur ; les notes qui l'accompagnent, et dont la *Préface* fait connaître le caractère, sont placées au bas des pages. On trouve à la suite du texte trois dissertations, dont la première est consacrée à l'étude des suscriptions usitées dans les lettres pontificales du quatrième au neuvième siècle ; la seconde à l'examen des différentes professions de foi émises par les souverains pontifes au moment de leur élection et de leur ordination ; la troisième à l'usage du *pallium*. C'est dans la seconde de ces dissertations que l'auteur a développé son opinion sur le pape Honorius et sur les actes du sixième concile général. Enfin le volume est terminé par un *index rerum et nominum*, imprimé sur deux colonnes.

112. Garnier n'a eu à sa disposition qu'un seul manuscrit, celui du collége de Clermont. Il ne paraît avoir fait aucune démarche pour se procurer les exemplaires de Montchal et de Bignon, dont il est probable qu'il n'ignorait pas l'existence. Quant au manuscrit de Sainte-Croix, dont Mabillon pensait qu'il possédait une copie [1], on peut tenir pour certain qu'il n'en a

[1] « Exemplum codicis, quem Hilarion Rancatus, monachus Cisterciensis,

connu que la table des rubriques, envoyée par Holstein à Sirmond[1]. L'opinion de Mabillon tenait à la fausse idée qu'il s'était formée des communications échangées entre ces deux savants. La correspondance de Sirmond ne fait aucune allusion à l'envoi du texte ; Schœpflin et Garnier lui-même n'ont jamais parlé que de la table (*syllabus*). Quel était, en effet, le but d'Holstein? Il voulait, avant d'entreprendre son édition, s'assurer si le manuscrit de Paris lui permettrait de combler les lacunes qu'offraient les premiers feuillets du manuscrit de Sainte-Croix. Il ne demandait pas la collation des deux textes, mais seulement la vérification de leur contenu et la copie des formules qui manquaient dans l'un et qu'il espérait rencontrer dans l'autre. Pour donner au P. Sirmond le moyen d'opérer cette vérification et d'extraire de son exemplaire le supplément désiré, il suffisait de lui transmettre l'*index* du manuscrit de Rome. C'est ce qu'Holstein avait fait. Garnier n'a rien trouvé de plus dans les cartons du collége de Clermont. S'il eût possédé, comme le croyait Mabillon, la copie complète de ce manuscrit, on s'expliquerait difficilement qu'il eût négligé les sept formules que Mabillon lui-même y recueillit quelques années plus tard et qu'il inséra dans son *Museum italicum*[2]. Tout au plus pourrait-on supposer qu'il avait vu entre les mains du P. Labbe les feuilles imprimées qu'Holstein avait communiquées à M. de Marca[3] ; mais à l'époque où le nonce Piccolomini réussit à faire disparaître ces feuilles, Garnier ne s'était point encore occupé du *Liber diurnus*.

113. On peut donc affirmer que l'édition donnée par le savant Jésuite n'a eu d'autre fondement que le manuscrit du collége de Clermont. Elle n'en serait du reste que plus précieuse, si l'éditeur avait fidèlement reproduit son modèle. Mais Garnier

« Holstenio ad unam noctem commodaverat, habuit Garnerius, qui *roma-*« *num* codicem eumque *antiquissimum* vocat. » Mabillon, *Museum italicum*, I, 35. — Baluze partageait en cela l'erreur de Mabillon : « Vir ille claris-« simus, qui exemplum habebat codicis romani. » Baluze, *Préface*, n° 1. — Cf. Tentzel, *Exercit.*, IX, p. 353.

[1] Voir plus haut, nos 33 et 41. — Voir aussi la note 14 de Zaccaria sur la *Préface* de Garnier.

[2] Cf. *supra*, n° 44. — Voir aussi plus bas, n° 115.

[3] Cf. *supra*, t. XIV, p. 126, note 5, et p. 127, notes 1, 2.

ne s'est pas montré plus scrupuleux qu'Holstein. Comme lui, il a corrigé l'orthographe, les formes grammaticales et jusqu'à la syntaxe de son manuscrit; comme lui, il a bouleversé l'ordre des formules, afin de les soumettre à un classement rationnel; et, ce qu'il y a de plus singulier, c'est qu'en agissant ainsi, il croyait sincèrement faire œuvre de saine critique et remplir le vœu des esprits éclairés [1]. La perte de l'original ne permet pas de fournir la preuve mathématique de ces altérations; mais cette preuve résulte des aveux même de Garnier, qu'on trouve consignés dans sa *Préface* et dans ses notes [2]; elle résulte de la lecture de son texte, qui a perdu cette physionomie rustique et incorrecte qu'un copiste du neuvième siècle avait dû lui imprimer; elle résulte enfin de quelques faits particuliers qui dispenseraient au besoin de toute autre démonstration. J'ai déjà signalé celui qui concerne la date de la formule LXXXII, falsifiée par le P. Garnier pour les besoins d'un système préconçu [3]. En voici un second qui ne me paraît pas moins concluant : les éditions d'Holstein et de Garnier comprennent huit, ou, pour parler plus exactement, sept formules, qu'elles ont dû l'une et l'autre emprunter au manuscrit de Paris, puisque c'était le seul qui les contînt [4]; or ces formules, bien que puisées à la même source, offrent dans les deux éditions de nombreuses et importantes variantes; quelle peut être la cause de ces divergences, sinon la liberté avec laquelle les deux éditeurs ont traité le texte du manuscrit? Quant aux changements opérés dans l'ordre des formules, ils n'ont pas besoin d'être démontrés; il suffit, pour les mettre en évidence, de placer l'*index* du manuscrit en face des divisions adoptées par Garnier. Ces divisions sont au nombre de sept, et présentent la plus grande analogie avec celles qu'Hol-

[1] « Addendum est magna confusione permisceri plura, quæ, quod nullam « habeant affinitatem, ratio jubet separari suoque ordini restitui; id vero « præstare conatus sum, nec ullus, opinor, improbabit factum, qui per- « turbationem fuerit intuitus. » Garnier, *Préface*, n° XXII.

[2] « Quantum laboris poni debuerit in emendando codice, quem imperita « manus describendo vitiaverat, vix ego ipse mihi credo; religiose tamen « cavi ne quid corrigerem præter solœcismos ineptasque vocum vel trans- « positiones, vel distractiones, vel conjunctiones, vel repetitiones, vel etiam « omissiones; correxi vero, quoties licuit, etc. » *Ibidem*, n° XVI.

[3] Cf. *supra*, n^os^ 22, 94.

[4] Cf. *supra*, n^os^ 94, 107.

stein avait lui-même établies. La rencontre n'a rien de surprenant ; la similitude des procédés devait conduire naturellement à des résultats presque identiques. Je ferai toutefois remarquer qu'Holstein avait montré une véritable intelligence pratique en donnant à toutes les formules de son recueil une suite unique de numéros, tandis que le système appliqué par Garnier oblige à citer à la fois le numéro du chapitre et celui de la formule.

114. Si nous poursuivons l'examen comparatif des deux éditions, nous devons féliciter Garnier de n'avoir introduit dans le corps du formulaire aucun document étranger. Il a tiré de l'*Ordo romanus*, des *Epîtres* de S Boniface et des *Annales* de Baronius trois pièces analogues à celles que renferme le *Diurnus ;* mais il s'est borné à les imprimer en regard des formules auxquelles elles correspondent La seule addition qu'il se soit permise, si même on peut lui donner ce nom, concerne cette formule qui était la dernière dans l'ordre du manuscrit, et dont la perte d'un ou de plusieurs feuillets n'avait laissé subsister que la rubrique ; Garnier en a restitué le texte d'après l'*Ordo romanus* [1]. A cette exception près, son édition reproduit exactement le contenu du manuscrit. La numérotation qu'il a suivie semble, il est vrai, contredire cette assertion On ne trouve dans l'imprimé que cent sept formules, tandis que le manuscrit en renfermait cent onze [2]. Mais si l'on fait attention que Garnier a réuni sous le numéro II, 9, trois formules différentes, qu'il en a compris deux sous le numéro III, 8, enfin qu'il n'a pas donné de numéro à celle qui est placée en tête de son chapitre VII, on arrive précisément au chiffre de cent onze, qui était celui du manuscrit.

3° *Editions partielles de Mabillon et de Schœpflin.*

115 Mabillon et Schœpflin ne sauraient être comptés au nombre des éditeurs du *Liber diurnus ;* mais ils ont contribué à le répandre, et nous leur devons la connaissance de quelques-unes de ses parties Leur but était le même, ils se proposaient l'un et l'autre de compléter l'édition de Garnier ; ce qui les distingue, c'est que Mabillon a comparé cette édition avec le

[1] Cf. ci-dessus, p. 93, note 4.
[2] Cf. ci-dessus, p. 93, note 2.

manuscrit de Sainte-Croix, et Schœpflin avec l'imprimé d'Holstein. Le travail de Mabillon a été publié dans le tome Ier du *Museum italicum;* il comprend huit formules supplémentaires, suivies d'un choix de variantes. De ces huit formules, sept n'existaient en effet que dans le manuscrit de Sainte-Croix[1]; la huitième faisait partie du manuscrit des Jésuites, et par conséquent de l'édition de Garnier, mais elle y était moins complète que dans l'exemplaire des Cisterciens[2] Le travail de Schœpflin est inséré dans ses *Commentationes historicæ;* il se compose également d'une suite de variantes et de huit formules supplémentaires. Les variantes offrent un tableau complet de l'édition d'Holstein, et l'insigne rareté de cette édition leur donne un véritable prix. Quant aux formules supplémentaires, leur nombre a quelque chose de surprenant; en effet, Schœpflin avait annoncé qu'il se bornerait à recueillir celles qui n'existaient ni dans l'édition de Garnier ni dans le *Museum italicum*[3]; il lui suffisait donc, pour rester fidèle à ce programme, de reproduire les trois documents empruntés par Holstein aux collections de S. Grégoire et du cardinal Deusdedit[4], et l'on s'explique difficilement pour quel motif il y a joint cinq formules, dont une figurait déjà dans l'édition de Garnier[5], et les quatre autres dans le supplément de Mabillon.

4° *Editions d'Hoffmann et de Riegger.*

116. Les éditions d'Hoffmann et de Riegger ne sont, comme je l'ai déjà dit, que des reproductions de celle de Garnier[6]. Il y a cependant une distinction à faire En réunissant dans un même volume le *Liber diurnus* et le *Liber sacrarum cærimoniarum* composé à la fin du quinzième siècle par Augustin Patrizi, évêque de Pienza[7], Hoffmann nous a permis de comparer ces

[1] Cf. *supra*, p. 93, note 5.

[2] C'est la formule LXXXVI.

[3] « Ea quæ nec apud Garnerium nec apud Mabillonium reperiuntur. » *Commentationes historicæ*, p. 501.

[4] Cf. *supra*, n° 107.

[5] C'est la formule X, qui portait chez Garnier le numéro V, 3.

[6] Cf. *supra*, n°s 47, 49.

[7] Voir, au sujet d'Augustin Patrizi Piccolomini et de son ouvrage, Ma-

deux recueils qui ont tant d'affinité, et de juger les progrès qu'avaient faits, pendant cette période de six siècles, les usages de la cour pontificale et les pratiques de sa chancellerie. En outre il a mis à profit les travaux de Mabillon, et quoiqu'il n'ait rien changé au texte de Garnier, il a cependant réalisé une véritable amélioration en introduisant à leur place naturelle les variantes et les formules supplémentaires recueillies par le savant Bénédictin. Aussi l'édition d'Hoffmann est-elle fréquemment citée par les auteurs allemands, qui ont de la peine à se procurer le volume de Garnier, tandis qu'ils rencontrent facilement dans leur pays la *Nova scriptorum ac monumentorum collectio*. — Quant à l'édition de Riegger, qui n'offre que la reproduction textuelle de l'œuvre de Garnier, réimprimée avec peu de soin et sur mauvais papier, elle n'est jamais entrée dans une bibliothèque d'érudit qu'à titre de curiosité, comme souvenir d'un temps où la science était mise au service des passions politiques et religieuses.

5° *Édition préparée par Baluze.*

117. Je ne possède aucun renseignement sur les éditions promises par le P. Daville et le P. Zaccaria [1]. Je crois volontiers que la première est toujours demeurée à l'état de projet ; la seconde, qui paraît avoir été fort avancée, aurait offert un grand intérêt, si l'on en juge par la *Dissertatio* qui devait lui servir de préface ; mais je crains que, suivant l'expression même de Zaccaria, elle ne soit destinée à grossir la *Bibliotheca promissa et latens* de Jansson d'Almeloveen [2]. On n'en peut heureusement pas dire autant de l'édition que Baluze avait annoncée [3]. Celle-ci existe, presque achevée, dans les papiers de l'illustre savant, et ce n'est pas une des moindres fortunes de ma carrière littéraire que de l'avoir découverte. Elle devait comprendre une préface, le texte critique du formulaire et des notes Nous n'a-

billon, *Commentarius prævius in Ordinem romanum* (ap. *Museum italicum*, t. II, p. VI) ; Hoffmann, *Nova script. ac monument. collectio*, I, 371 ; II, 26 ; Zaccaria, *Biblioth. ritualis*, I, 175.

[1] Cf. *supra*, n°s 45, 50.

[2] Cf. Zaccaria, *Dissertatio*, p. CCLXXIII.

[3] Cf. *supra*, n° 35, *in fine*.

vons de la préface qu'un fragment assez court ; le texte est établi d'une manière définitive et prêt pour l'impression ; les notes sont nombreuses, surtout au début ; elles deviennent plus rares et moins développées à mesure qu'on approche de la fin. Tout ce long et beau travail est écrit de la main de l'auteur, et remplit environ quatre cents feuilles du tome CCLXXIV de la collection des *Armoires*. Baluze s'y montre tout entier, dépouillant les sources qui peuvent avoir quelque rapport avec le sujet qu'il va traiter, notant au passage les extraits dont il se servira, traçant d'abord une légère esquisse de l'ensemble, élargissant bientôt son cadre en proportion de ses richesses, ajoutant chaque jour de nouvelles remarques aux observations déjà recueillies, et finissant par donner à son commentaire cette forme concise et assurée que nous admirons dans ses autres écrits. Je n'ai pu me défendre d'une respectueuse émotion en parcourant cette œuvre, encore inconnue, d'un homme qui a jeté sur l'érudition française un si grand éclat. Les différentes parties de son manuscrit ont été mal classées ; le relieur a mis à la fin ce qui devait être au commencement ; mais il est facile de rétablir l'ordre et de suivre en quelque sorte pas à pas la marche de cet esprit méthodique et persévérant. En tête doit se placer le résumé de ses lectures, qui embrasse les feuillets 277 à 312 et 398 à 428 ; ce sont des indications tirées des conciles, des lettres de saint Léon et de saint Grégoire, des ouvrages de Bède et de Cassiodore, des biographies d'Anastase, du décret de Gratien, des collections de Baronius, Duchesne, Holstein, Ughelli, des travaux récents de Garnier, Marchesi, Mabillon, et surtout des manuscrits de la bibliothèque de Colbert. Vient ensuite, dans l'ordre logique, le texte du formulaire, qui remplit soixante-deux feuillets (57 à 119) ; je dirai plus loin de quels éléments Baluze l'avait composé. Les notes se présentent sous trois formes successives. La première occupe seulement dix feuillets (388 à 397), et n'offre, à vrai dire, qu'un relevé sommaire des points que l'auteur se proposait d'élucider ; chacun de ces points est marqué par un mot tiré du texte, et sous ce mot sont groupées, comme des pierres d'attente, les citations qui s'y rapportent. Les deux suivantes sont de véritables rédactions. L'une va du feuillet 219 au feuillet 276 ; elle nous montre l'œuvre agrandie et parvenue presque à maturité ; le commentaire a pris corps et reçu tous

les développements dont il paraît susceptible : il y a cependant des lacunes, des redites, des incohérences ; on sent le besoin d'une révision. L'autre, qui comprend les feuillets 121 à 180, peut, dans son ensemble, être considérée comme définitive ; encore quelques efforts, quelques observations plus nourries sur les dernières formules, et l'édition du *Liber diurnus* devenait digne de prendre place à côté de celles de Salvien, de Loup de Ferrières, d'Agobard et de Réginon.

118. Le lecteur me pardonnera, je l'espère, les détails dans lesquels je viens d'entrer ; il m'a semblé que la découverte d'un ouvrage inédit de Baluze devait exciter l'intérêt du monde savant, et que les procédés d'un pareil esprit méritaient d'être connus et peut-être imités. Je vais maintenant indiquer les sources auxquelles il avait puisé. En combinant les renseignements épars dans sa *Préface* et dans ses notes, on reconnaît qu'il a eu à sa disposition : 1° l'édition de Garnier [1] ; 2° le manuscrit du collége de Clermont [2] ; 3° une copie du manuscrit de Montchal [3] ; 4° une copie du manuscrit de Bignon [4]. Je ne comprends pas dans cette énumération le fragment de la collection Deusdedit [5], dont il a cependant fait usage [6]. Il ne lui a donc manqué que le manuscrit de Sainte Croix et l'édition d'Holstein ; encore les connaissait-il en partie par la table des rubriques insérée dans la *Préface* de Garnier [7], par les feuilles imprimées qu'Holstein avait envoyées à M. de Marca [8], par les variantes et formules supplémentaires que Mabillon avait recueillies et qu'il lui avait communiquées avant même de les publier dans son *Museum italicum* [9]. Les noms qu'il donne à ces différentes

[1] Cf. Baluze, *Préface*, n° I.

[2] « Contuli cum veteri codice manuscripto, qui fuit Jacobi Sirmondi. » Bibliothèque impériale, *Armoires de Baluze*, vol. CCLXXIV, f° 61. — « Deinde « beneficio viri clarissimi et optimi Joannis Harduini usus quoque sum co- « dice Sirmondi. » Baluze, *Préface*, n° II.

[3] Cf. *supra*, n°s 100, 102.

[4] Cf. *supra*, n° 102.

[5] Cf. *supra*, n° 103.

[6] Cf. Baluze, *Préface*, n° III.

[7] Voir le numéro XXIII de la *Préface* de Garnier.

[8] Cf. *supra*, chap. II, n° 35.

[9] « Descripsit variantes lectiones et mecum humanissime pro jure veteris « amicitiæ nostræ communicavit. » Baluze, *Préface*, n° II.

sources sont parfois un peu vagues et peuvent prêter à l'équivoque. Quand il cite le *codex Sirmondi*, il s'agit évidemment du manuscrit des Jésuites. Mais il parle à plusieurs reprises de *deux* manuscrits romains, et l'on pourrait en conclure qu'il existait à Rome un autre manuscrit du *Diurnus* que celui des Cisterciens. Il est donc nécessaire d'expliquer que sous le nom de *codex romanus*. Baluze désigne alternativement l'exemplaire de Sainte-Croix et celui de Montchal, ce qui ne l'empêche pas, dans d'autres passages, de donner à ce dernier le titre d'*apographum archiepiscopi Tolosani*. Cette façon de s'exprimer tenait à l'opinion qu'il s'était faite au sujet du manuscrit de Montchal, qu'il considérait à tort comme une copie de celui de Rome [1]. Une seule fois il mentionne le *codex Barberinus*, et comme la variante qu'il en tire répond précisément à la leçon du manuscrit de Sainte-Croix, je présume que c'est celui-ci qu'il a voulu désigner. On sait qu'au début de son entreprise il ignorait le véritable propriétaire du *Diurnus;* et de même qu'il l'avait d'abord rangé parmi les collections du Vatican [2], de même a-t-il pu, dans la suite, s'imaginer que le mystérieux *codex* appartenait au cardinal Barberini, dont Holstein avait été bibliothécaire ; lorsqu'à son retour d'Italie Mabillon l'eut détrompé [3], il négligea sans doute de rectifier une erreur qui aurait certainement disparu au moment de l'impression. Quant aux termes de *veteres libri*, *vetusti codices*, *vetera exemplaria*, qui reviennent à chaque page de son commentaire, ils s'appliquent indifféremment à tous les manuscrits qu'il avait consultés, notamment aux manuscrits de conciles et de lettres pontificales.

119. En résumé, Baluze a eu à sa disposition plus de ressources que ses devanciers, et je m'empresse d'ajouter que son travail est préférable aux leurs. Il n'en est donc que plus regrettable qu'il se soit, jusqu'à un certain point, conformé à leurs traditions, et qu'au lieu de prendre pour base un manuscrit unique, auquel il aurait rattaché les variantes fournies par

[1] « In apographo Caroli de Montchal, archiepiscopi Tolosani, qui descripserat ex codice romano. » Bibliothèque impériale, *Armoires de Baluze*, vol. CCLXXIV, f° 298.

[2] Cf. *supra*, t. XIV, p. 122, note 2.

[3] Cf. *supra*, n° 88.

les autres manuscrits, il ait, comme Holstein et Garnier, composé un texte arbitraire. Je reconnais qu'en général il a fait preuve de discrétion et de discernement. Il a choisi dans les exemplaires qu'il possédait les leçons qui lui ont paru les meilleures, et quand il s'est cru forcé de recourir à des sources étrangères, il n'a fait usage que de pièces contemporaines et authentiques. Aussi son texte a-t-il gardé la fidèle empreinte du temps où le *Diurnus* a été composé, et cela seul suffirait pour lui assurer une supériorité incontestable sur l'édition de Garnier ; mais il n'en est pas moins vrai que ce texte est le produit de combinaisons artificielles et ne représente exclusivement aucun manuscrit.

120. La formation du recueil mérite le même genre de reproches et d'éloges. Baluze a suivi l'exemple d'Holstein en introduisant dans le corps du formulaire un certain nombre de documents étrangers, mais il s'en est heureusement séparé en respectant l'ordre des manuscrits. Tel qu'il l'a constitué, son *Diurnus* comprend cent treize documents, savoir : 1° les quatre-vingt-dix-neuf formules du manuscrit de Sainte-Croix [1] ; 2° les huit formules supplémentaires fournies par le manuscrit des Jésuites [2] ; 3° six lettres de saint Grégoire, transformées en modèles par la suppression des noms de lieux et de personnes. Deux modifications d'une importance minime ont seules été faites à cette disposition des matières : d'une part, la formule XXI du manuscrit de Rome a été intercalée entre les formules XIII et XIV ; d'autre part, la dernière formule du manuscrit de Paris, celle dont il ne subsistait plus que la rubrique, a été transportée presque au commencement du recueil et placée sous le numéro III. A ces deux exceptions près, Baluze ne s'est permis aucun remaniement, et ce qui n'est pas moins remarquable que ce respect des anciens textes, à une époque où la plupart des éditeurs se croyaient en droit de les bouleverser, c'est le tact avec lequel il a choisi pour texte principal le manuscrit de Sainte-Croix, bien qu'il ne le connût qu'imparfaitement, au lieu du manuscrit des Jésuites, qu'il avait à sa disposition.

[1] Cf. *supra*, n° 87.
[2] Cf. *supra*, n° 94.

121. Il reste à déterminer, autant que possible, l'époque où ce travail fut accompli. Le projet était ancien ; on se rappelle que Baluze l'avait formé dès qu'il connut la suppression de l'édition d'Holstein [1] ; toutefois je doute qu'avant la publication du volume de Garnier, et même avant le retour d'Italie de Mabillon, il ait fait autre chose que préparer ses matériaux. Les communications du savant Bénédictin rectifièrent ses idées et lui ouvrirent une nouvelle voie [2]. C'est à partir de ce moment qu'il se mit sérieusement à l'œuvre, abandonnant par instants sa tâche, la reprenant, puis l'abandonnant encore, pour y revenir de nouveau. Plusieurs de ses notes conservent les traces de cette intermittence et portent en quelque manière la date de leur rédaction. Dans l'une, il parle de l'*Ordo romanus*, inséré par Mabillon dans le tome II du *Museum italicum* qui parut en 1689, comme d'un ouvrage *récent*. Dans une autre, il cite une lettre de saint Grégoire au sous-diacre Pierre, et renvoie au tome V de ses *Miscellanea* qui ne fut publié qu'en 1700 ; et ce qu'il y a de plus significatif, c'est que dans la rédaction primitive de cette note la même lettre était mentionnée comme *inédite*. A ces indications, tirées du fond même de l'ouvrage, on peut joindre celles que fournit l'état matériel du manuscrit. Comme beaucoup de savants, Baluze utilisait tous les papiers qui lui tombaient sous la main, et nous trouvons plus d'une page de son commentaire écrite sur le revers d'une lettre ou d'un mémoire de libraire. L'examen de ces documents n'est pas sans intérêt pour la question qui nous occupe. Parmi les feuillets qui renferment le résumé de ses lectures, il y en a deux qui sont datés de 1666 et 1667 [3] ; parmi ceux qui contiennent la première rédaction de son commentaire, il y en a un qui est daté de 1690 [4] ; parmi ceux qui comprennent la rédaction définitive, il y en a trois qui sont datés de 1691, 1695 et 1702 [5]. Nos renseignements ne vont pas au delà, et je ne serais pas étonné que cette dernière année ne fût en effet celle où Baluze suspendit son travail. En 1702 et 1704 il éprouva de longues et

[1] Cf. *supra*, chap. II, n° 35, *in fine*.
[2] Voir plus haut, n^os^ 88 et 118.
[3] Biblioth. impér., *Armoires de Baluze*, vol. CCLXXIV, f^os^ 302, 308,
[4] Cf. *ibidem*, f° 249.
[5] Cf. *ibidem*, f^os^ 142, 143, 158.

cruelles maladies. Les années qui suivirent furent employées à la composition de son *Histoire généalogique de la Maison d'Auvergne* [1]. On sait les chagrins que cet ouvrage lui causa. A l'âge de quatre-vingts ans il se vit disgracié, privé de ses emplois et exilé. Pendant trois ans il demeura éloigné de Paris, de sa bibliothèque et de ses études. Quand il obtint la permission de revenir, son zèle pour la science n'était pas refroidi, mais la vieillesse l'avertissait de faire un choix parmi ses nombreux projets d'autrefois. Il consacra la fin de sa vie à publier son *Historia Tutelensis* et à préparer une nouvelle édition de saint Cyprien ; il est probable que depuis longtemps le *Liber diurnus* avait cessé de l'occuper.

§ 3. — Plan d'une nouvelle édition.

1° *Texte principal.*

122. Il résulte de ce qui précède que tous les manuscrits connus du *Liber diurnus* peuvent être ramenés à deux types primitifs, l'un représenté par l'exemplaire des Cisterciens ou du Vatican, l'autre par l'exemplaire du collége de Clermont, dont les copies de Montchal, de Harlay et de Bignon n'étaient que des reproductions plus ou moins défectueuses. Si ces deux exemplaires existaient encore, le choix pourrait devenir douteux ; mais la perte du manuscrit des Jésuites ne laisse place à aucune hésitation ; c'est incontestablement le manuscrit du Vatican qui devrait être pris pour base du travail. Si les démarches tentées pour en obtenir communication restaient infructueuses, la collation que MM. Daremberg et Renan ont faite à l'époque de leur mission en Italie [2] permettrait d'entreprendre d'une façon sûre la reconstruction du texte. Ces deux honorables savants se sont acquittés de leur tâche avec un soin si scrupuleux, qu'en suivant leurs indications je ne doute pas qu'on ne parvînt à représenter fidèlement l'original. Les

[1] « Je m'occupai uniquement de ce travail pendant plusieurs années... Cet ouvrage étant fini, fut imprimé en 1708 ; je le donnai au public en 1709. » *Vie de Baluze*, écrite par lui-même (ap. *Histoire des Capitulaires*, traduite par M. de Chiniac, in-8°, Paris, 1779).

[2] Cf. chap. II, n° 51, *in fine*.

quatre-vingt-dix-neuf formules du vieux manuscrit de Sainte-Croix constitueraient donc le corps principal de la nouvelle édition. Il conviendrait de les donner dans l'ordre où elles se trouvent, avec toutes leurs défectuosités d'orthographe et de langage. Ce respect des anciens textes est un des dogmes de l'érudition moderne, qu'imposent à la fois le bon sens et la déférence pour l'exemple des maîtres.

2° *Appendices.*

123. Tout en prenant pour base le manuscrit du Vatican, il ne faudrait pas négliger les huit formules supplémentaires fournies par celui du collége de Clermont [1]. On les emprunterait, faute de mieux, à l'édition de Garnier ; mais au lieu de les faire entrer, comme Holstein, dans le corps du formulaire, on les placerait à la suite, sous le titre d'*Appendix prima*. — On pourrait s'arrêter là ; la réunion de ces deux groupes représente en effet le *Diurnus* complet et reproduit dans leur intégrité les deux versions qu'on en possède. Il semble toutefois que les documents accessoires introduits par Holstein et Baluze dans leurs compilations méritent d'être conservés, soit à cause de leur affinité avec le contenu du formulaire, soit à cause du choix qu'en avaient fait deux hommes aussi profondément versés dans l'étude des antiquités ecclésiastiques. On recueillerait donc, sous le titre d'*Appendix secunda*, les trois documents qu'Holstein avait tirés des OEuvres de saint Grégoire ou de la collection du cardinal Deusdedit [2], et l'on y joindrait une quatrième pièce, qu'il avait extraite de la même collection et qu'il se proposait d'insérer dans ses notes. On donnerait de même, sous le titre d'*Appendix tertia*, les six lettres que Baluze avait empruntées à la correspondance de saint Grégoire [3]. — Enfin je pense que l'on ferait une chose utile en réunissant, sous le titre d'*Appendix quarta*, quelques documents analogues à ceux que renferme le *Diurnus*. Les trois pièces que Garnier avait imprimées en regard des formules correspondantes [4] trouveraient place dans cette

[1] Cf. *supra*, n° 94, note 58.
[2] Cf. *supra*, n° 107.
[3] Cf. *supra*, n° 120.
[4] Cf. *supra*, n° 114.

section ; d'autres seraient fournies par les ouvrages de Mabillon, de Mansi et des frères Ballerini.

3° *Variantes.*

124. Il me semblerait inutile de collationner les copies de Harlay et de Bignon conservées à la Bibliothèque impériale ; les variantes qu'on y puiserait ne serviraient qu'à constater l'impéritie des copistes. Il en est autrement de celles qu'on pourrait relever dans les éditions d'Holstein et de Garnier, ainsi que dans la copie préparée par Baluze. Bien qu'elles ne soient le plus souvent tirées d'aucun manuscrit et ne représentent en réalité que des corrections arbitraires, elles offriraient un double intérêt : d'une part, elles éclaireraient le texte et le compléteraient ; d'autre part, elles mettraient le lecteur en mesure d'apprécier par lui-même les procédés de chaque éditeur.

4° *Préfaces, notes et dissertations de Garnier, Baluze et Zaccaria.*

125. Je regarderais comme essentielle la reproduction des *Préfaces* de Garnier et de Baluze. La première, qu'on accompagnerait des annotations de Zaccaria, renferme un des éléments les plus précieux de l'histoire du *Diurnus*, je veux dire les tables des deux manuscrits de Rome et de Paris. La seconde est malheureusement inachevée ; mais le fragment qu'on en possède contient l'indication des sources utilisées par l'auteur.

126. On suivrait le mode de publication adopté par Garnier en plaçant le commentaire au bas des pages. Ce commentaire est formé de notes de Garnier et de celles de Baluze. Je n'ai rien à dire des premières, qui sont depuis longtemps connues du public, et dont le tour indépendant avait excité dès le début les ombrages de la cour romaine [1]. Les notes de Baluze paraîtraient pour la première fois, et j'ai la confiance que le monde savant y verrait le plus bel ornement de la nouvelle édition. Leur publication offre quelques difficultés. J'ai dit en effet que dans le manuscrit de l'auteur ces notes se présentent sous trois

[1] Cf. *supra*, chap. II, n° 42, notes 93, 121.

formes différentes [1]. La première n'est qu'une esquisse, un cadre, et pourrait être négligée sans inconvénient; mais les deux autres contiennent des rédactions développées, entre lesquelles il faudrait choisir. Il serait naturel de donner la préférence à celle qui paraît la plus récente, et dans laquelle on rencontre les traces manifestes d'une révision. Toutefois, comme Baluze est mort avant d'avoir mis la dernière main à son œuvre, cette révision pourrait elle-même être regardée comme incomplète, et pour que le lecteur ne fût pas privé d'un certain nombre de citations et de remarques qui figurent dans la première rédaction et qui ont été supprimées ou notablement modifiées dans la seconde, on les réunirait à la fin du volume, conciliant ainsi la nécessité de choisir avec le désir de ne rien laisser dans l'ombre.

127. Les trois dissertations que le P. Garnier a publiées à la suite de son texte sont des modèles d'érudition et de sage critique. Il conviendrait donc de les reproduire intégralement. La seconde, dans laquelle il traite la question du Monothélisme et du sixième concile général, a une importance que j'ai déjà signalée [2]. De tous les défenseurs d'Honorius, Garnier est le plus habile, le plus sincère et le plus éclairé. J'ai dû combattre ses raisonnements, mais je rends pleine justice au mérite de son plaidoyer. — Peut-être serait-il superflu de reproduire dans son intégrité la *Dissertatio* de Zaccaria, dont j'ai fait un si fréquent et si profitable usage, et pourrait-on se contenter d'en donner un fragment. En effet, la *Dissertatio* se compose de quatre parties : la première ne renferme que des notes sur la *Préface* de Garnier ; on les trouverait à la suite de cette *Préface* elle-même ; la seconde et la troisième contiennent l'histoire du *Liber diurnus* depuis la découverte du manuscrit de Sainte-Croix jusqu'à la réimpression de Riegger ; le nouvel éditeur s'en approprierait certainement dans son travail d'*Introduction* tous les passages importants ; la quatrième et dernière, où l'auteur envisage le *Diurnus* au point de vue de la foi catholique et de la discipline de l'Eglise, serait donc la seule qui ne fît pas double emploi, et la seule par conséquent qu'il fût utile de reproduire.

[1] Voir plus haut, n° 117.

[2] Voir plus haut, chap. III, note 203, et chap. IV, n° 111, *in fine*.

5° *Observation particulière.*

128. Je dois en terminant prévenir la confusion que pourrait faire naître l'emploi de dénominations différentes appliquées à un seul et même manuscrit. J'ai craint que la répétition constante des mêmes noms ne finît par devenir fastidieuse, et c'est pour introduire un peu de variété que j'ai désigné tour à tour le manuscrit du Vatican sous les titres de *manuscrit de Sainte-Croix*, *manuscrit des Cisterciens*, *manuscrit d'Holstein*, *manuscrit de Rome*, et celui du collége de Clermont sous les titres de *manuscrit de Sirmond*, *manuscrit des Jésuites*, *manuscrit de Paris*. Je confesserai de même que j'ai désigné le texte préparé par Baluze, tantôt sous le titre d'*édition*, tantôt sous celui de *manuscrit*.

POST-SCRIPTUM.

129. Au moment où j'achevais l'impression de ces *Recherches*, le hasard m'a fait découvrir à la bibliothèque Sainte-Geneviève un volume qui renferme de précieux documents pour l'histoire du *Liber diurnus*, et sur lequel je m'empresse d'appeler l'attention du lecteur. Bien qu'on l'ait classé parmi les manuscrits, sous la cote E, *l*, 6, ce volume n'est en réalité qu'un exemplaire de l'édition publiée en 1680 par le P. Garnier; mais ce qui lui donne un prix particulier, c'est qu'il provient de la bibliothèque du collége de Clermont, et que les marges sont couvertes de notes de la main de l'éditeur. On y trouve de plus, à la suite de l'imprimé, une dissertation manuscrite, dans laquelle le savant Jésuite défend son œuvre contre les attaques du P. Marchesi. Cette dissertation a été mise au net par un copiste, mais il n'y a pas une seule page qui ne contienne des additions et corrections de la même main que les notes marginales. Il est donc surprenant que l'abbé Mercier de Saint-Léger, dont la science bibliographique est si rarement en défaut, en ait méconnu le véritable auteur[1]. Quand il acheta ce volume pour la bibliothèque

[1] On lit sur la feuille de garde la note suivante, écrite et signée par Mercier de Saint-Léger : « Cette édition du *Liber diurnus Romanorum pontifi-*

Sainte-Geneviève, les Jésuites venaient à peine d'être supprimés; leurs correspondances se trouvaient encore entre les mains du P. Brotier, le dernier bibliothécaire du collége de Clermont [1], et rien n'était plus facile que de se procurer un spécimen de l'écriture de Garnier. Il me semble même qu'un contrôle de cette nature n'était pas nécessaire; les expressions : *me Libri diurni editorem*, *Diurnum quem edidimus*, *Diurnus qui nuper à me editus est*, reviennent à chaque instant dans le cours de la discussion et suffisaient amplement pour lever toute incertitude.

130. Nous nous trouvons donc en présence de travaux inédits du P. Garnier, et cette découverte n'a pas moins d'importance pour notre sujet que celle du commentaire de Baluze. Elle fournit tout d'abord un curieux échantillon des ruses diplomatiques employées au dix-septième siècle. L'édition de Garnier avait paru au commencement de 1680. Presque au même moment, le P. Marchesi publiait à Rome son *Clypeus fortium*, dans lequel il contestait l'authenticité du formulaire et combattait assez aigrement les conclusions du savant français. La coïncidence était au moins singulière. Par quel procédé l'habile italien avait-il réussi à faire paraître sa réfutation en même temps que l'ouvrage réfuté? Garnier nous l'explique. Les agents de la cour romaine, qui connaissaient son entreprise, en faisaient surveiller les progrès; ils avaient gagné les ouvriers imprimeurs, et les bonnes feuilles étaient transmises à Rome à fur et mesure du tirage [2]. Ce stra-

cum est celle qui a été publiée à Paris en 1680 par les soins du P. Jean Garnier. Il faut conserver soigneusement cet exemplaire, qui vient de la bibliothèque du collége de Louis-le-Grand, à cause des changements faits aux marges et de l'addition manuscrite contre le P. Marchesi. Il y a apparence que quelque jésuite se proposait de donner un jour une nouvelle édition corrigée et augmentée du livre du P. Garnier, et qu'il y aurait ajouté le morceau contre l'oratorien de Rome. Mais je pense que ce n'est pas le P. Garnier lui-même qui a fait ces changements et l'opuscule contre Marchesi, puisqu'il est mort en 1681, et que le livre de l'oratorien n'avait paru à Rome que l'année précédente. Ces changements ne sont pas non plus de la main du P. Hardouin, successeur du P. Garnier dans la place de bibliothécaire de Louis-le-Grand. L'écriture du P. Hardouin, qui m'est fort connue, était beaucoup plus nette et plus lisible. J'ai acheté ce volume en mai 1767. »

[1] Cf. Delisle, *le Cabinet des manuscrits de la Bibliothèque impériale*, p. 437.

[2] « Operarum fidelitas sollicitata est, foliaque, priusquam publicarentur

tagème émut sans doute Garnier plus encore que les attaques de son adversaire. Il prit aussitôt la plume et rédigea pour sa défense la dissertation que je viens de découvrir, et que son brusque départ pour Rome ne lui permit pas de rendre publique ; il dut la composer dans les derniers mois de 1680, puisqu'il se mit en route au commencement de 1681 et mourut au milieu de son voyage. La révélation de ce singulier épisode prouve que je m'étais montré trop affirmatif en disant que la publication du *Liber diurnus* n'avait été *ni annoncée ni prévue*. Elle n'avait été sans doute précédée d'aucune annonce publique; mais on n'y avait pas mis grand secret, et les parties intéressées avaient pu se tenir au courant. Quelques savants d'ailleurs étaient dans la confidence, Baluze entre autres, qui devait marcher plus tard sur les traces de Garnier, et qui avait transcrit pour lui les six formules comprises dans le *codex Thuaneus* [1].

131. Ce point n'est pas le seul sur lequel les travaux inédits de Garnier complètent ou rectifient mes renseignements. J'y trouve la confirmation de mon sentiment au sujet du manuscrit de Bignon et des autres copies du même genre; une des notes posthumes de Garnier prouve qu'il en connaissait l'existence, et que s'il n'en a point fait usage, c'est qu'il ne leur accordait aucune valeur. D'un autre côté, je crains d'avoir été trop exclusif en attribuant à sa seule prudence le silence gardé sur Holstein et sur le manuscrit de Sainte-Croix. Dans sa réponse aux attaques de Marchesi il n'avait plus rien à ménager, et l'intérêt même de sa cause lui faisait une loi de parler sans réticence. Aussi s'exprime-t-il avec sévérité au sujet des mesures prises contre l'édition d'Holstein ; mais il raconte à ce propos une anecdote dépourvue d'authenticité, et qui ressemble fort à un commérage [2]. Il ne dit pas un mot des relations d'Holstein avec Hilarion Rancati, des démarches du cardinal Barberini, du jugement rendu par Jean Bona, et quand il eût suffi du simple exposé des faits pour fermer la bouche à son adversaire, il le suit péniblement dans tous les détours de son argumentation. Il est donc certain

« Parisiis, Romam a partium quarumdam hominibus transmissa. » Garnier, *Defensio*, cap. II, n° XIII.

[1] Cf. *supra*, n° 103. — La copie de ces six formules, écrite de la main de Baluze, se trouve reliée dans le volume de la bibliothèque Sainte-Geneviève.

[2] Cf. Garnier, *Defensio*, cap. IV, n° VIII.

qu'il ignorait complètement les choses d'Italie, parce que, si la réserve dont il fut preuve dans sa *Défense* fut bien attribuée à cette ignorance, pas encore qu'à son habileté.

132. Quoi qu'il en soit de ces conjectures, il n'a fait que reproduire dans la *Défense* ce qu'il avait exposé et ce qu'il approuvait de preuves plus nombreuses le système qu'il avait déjà soutenu dans son Cicéron. Il n'est objet de nouveau de cette question que pour la mettre en relation avec l'ambassade du pape Honorius et démontrer la fausse de celui-ci à un simple manque de prudence et d'énergie. Mais sous l'aiguillon de la critique, son style a pris des allures plus vives, son style est devenu plus incisif, ses argumentations plus pressantes. Il discute dans leurs moindres détails les assertions de son adversaire, relève impitoyablement ses erreurs et ses contradictions, le poursuit jusque dans ses dernières retranchements et l'accable tour à tour du poids de ses railleries et de son érudition. Les notes interminables contiennent d'utiles remarques et complètent sur plusieurs points la connaissance imparfaite de la *Défense* est un nouveau capital qui met le dernier sceau à la réputation de l'auteur.

Eugène de Rozière.

---

[1] Le 19 janvier 1861, pendant la conférence de la *Correspondance de Rome*, Mgr Pie, évêque de Poitiers, se trouvant à Rome, eut avec M. de Lavergne une discussion à propos de la question de l'époque où le pape aurait commencé à percevoir le denier de saint Pierre. « Le cardinal Barberini les a entièrement supprimés, »

BIBLIOGRAPHIE.

Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes; la propriété littéraire à Athènes, par M. Exupère Caillemer, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, membre de l'Académie delphinale et membre de la Société de statistique de l'Isère. Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel; in-8°. Prix : 2 francs.

« Qui nous délivrera des Grecs et des Romains? » a-t-on dit dans un accès de mauvaise humeur contre l'antiquité classique. Ce n'est certes pas nous qui applaudirons cette boutade d'un esprit chagrin. Nos modernes ont beau s'évertuer à produire ce qu'ils nomment du *neuf*, ils ne seront généralement que les imitateurs plus ou moins heureux de ces anciens qu'ils dédaignent. Aussi est-ce avec beaucoup de sympathie que nous annonçons le résultat des recherches de nos érudits contemporains sur le terrain de l'antiquité. L'étude publiée par M. Caillemer sur la propriété littéraire à Athènes est une enquête fort intéressante, faite par un homme de goût et de savoir, sur une question qui nous divise depuis bien des années et qui n'est pas résolue encore.

M. Caillemer a pensé avec raison qu'il ne serait pas hors de propos d'esquisser à grands traits un chapitre de l'histoire de ce sujet; il est descendu dans le monde antique, il a interrogé ses vieux auteurs il a recueilli leurs réponses, et il nous a apporté de l'antiquité païenne cette double conclusion qu'à Rome la propriété littéraire et les droits d'auteur n'étaient pas connus; que ni l'une ni les autres n'existaient à Athènes, soit dans la loi, soit dans les faits; que les Athéniens n'admettaient pas au profit de l'auteur un droit exclusif de reproduction, mais qu'ils lui garantissaient que son œuvre resterait perpétuellement attachée à son nom, et que nul ne pourrait l'augmenter par des additions imprudentes, ou s'en attribuer injustement l'honneur. Cette conclusion laisse sur ce point, il faut le reconnaître, les anciens bien loin des modernes.

Un appendice consacré à l'histoire du papier à Athènes termine cette monographie si intéressante par le sujet qu'elle traite et si remarquable par l'érudition de son auteur.

P. Pradier-Fodéré.

De quelques manières d'acheter un champ. Symboles et formalités juridiques qui, chez divers peuples, ont accompagné la vente de la terre, par M. T. Boulland, docteur en droit. Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868, brochure in-8°. Prix : 1 franc.

Si les traités écrits *ex professo* sont les monuments de la science, les monographies sont les pièces de l'édifice; et souvent les moins étendues d'entre elles ne sont pas les moins précieuses.

Voici, par exemple, une courte brochure qui vaut bien, par le résultat des savantes recherches qu'elle résume, l'enseignement plus ambitieux de maint gros in-folio. L'auteur — un homme de science et de goût — a exposé dans un style élégant et concis les différentes manières de se rendre propriétaire de la terre, reconnues par les législations diverses qui, depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, ont été l'objet des études des jurisconsultes et des historiens. Le champ d'observation était vaste et le sujet plein d'intérêt; car, s'il n'est pas donné à tout le monde de devenir propriétaire foncier, il est au moins fort agréable de savoir comment les sociétés politiques ont passé de l'étroit formalisme des Romains de la république au spiritualisme de notre droit moderne, en traversant la naïveté germanique qui se complaît aux symboles et aux emblèmes.

La monographie de M. Boulland est moins, il est vrai, une thèse d'érudition qu'un intéressant discours prononcé au sein d'une docte compagnie, la Société d'agriculture, commerce, sciences et arts du département de la Marne. Mais ce sont là de ces discours qu'il est fort instructif d'entendre et qu'on peut toujours relire avec profit. P. Pradier-Fodéré.

Des effets de la transcription de la revente relativement aux ayants cause du vendeur originaire, et des moyens d'améliorer la tenue des registres hypothécaires au point de vue de la publicité ; Étude de jurisprudence et de législation, par M. Fernand Verdier, avocat à la Cour impériale de Nîmes, ancien magistrat, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, membre de l'Académie du Gard. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, rue Cujas, 7, et Marescq aîné, 17, rue Soufflot, éditeurs, 1868 Prix : 2 francs.

Cette brochure est la reproduction d'un article judicieux et savant publié dans la *Revue pratique de droit français*. M. Ver-

dier a voulu, dans ce travail, ajouter l'autorité de sa parole à celle des jurisconsultes qui ont figuré dans la vive controverse relative aux effets de la transcription par rapport au privilége du vendeur et aux droits de ses ayants cause. Son travail est une réfutation du système de M. Valette. L'auteur se joint à M. Duverger pour combattre l'opinion de son célèbre adversaire, mais en même temps il se sépare de la doctrine de son auxiliaire sur le point qui touche les ayants cause, et il se préoccupe de démontrer que la réfutation du système de M. Valette est plus complète, plus sûre par la théorie qu'il développe que par celle de M. Duverger. Ainsi que le titre de cette publication l'indique, le travail de M. Verdier se compose de deux parties : la première est consacrée à l'exposition de sa doctrine, et il est juste de reconnaître que l'auteur apporte dans l'argumentation une grande précision, une lucidité remarquable, une netteté d'expression qui ne laisse aucune place à l'équivoque. La seconde partie comprend les vues de M. Verdier sur les réformes à réaliser dans la tenue des registres hypothécaires en ce qui concerne la publicité. L'auteur signale avec beaucoup de sagacité les lacunes de ces registres, et en praticien fort expérimenté il indique les moyens de les combler. Déjà avantageusement connu dans la science par son beau traité sur *la Transcription hypothécaire*, M. Verdier était parfaitement autorisé à élever sa voix entre les deux éminents professeurs de la Faculté de droit de Paris.

P. PRADIER-FODÉRÉ.

Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales, par M. E. MACHELARD, avocat à la Cour impériale, professeur à la Faculté de droit de Paris. — Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, libraires, 1868, in-8°. Prix : 3 francs.

Les jeunes générations qui suivent nos écoles de jurisprudence ont actuellement, pour l'étude du droit romain, des facilités qui n'étaient point offertes à leurs aînées. Tandis qu'il y a dix ans à peine la *cupida legum juventus* n'avait pour s'orienter dans le dédale des cinquante livres du Digeste et des douze livres du Code que les notes plus ou moins exactement prises aux cours du professeur de Pandectes, actuellement chaque année voit éclore des dissertations approfondies sur toutes les parties

de la législation justinienne. Grâce aux développements donnés à l'enseignement des textes du *Corpus juris*, il n'est pas un recoin de ce volumineux recueil qui ne soit l'objet d'une exploration scientifique féconde pour la culture du droit romain. Dans cette analyse minutieuse des solutions données par les jurisconsultes de la Rome classique et des décisions émanées des empereurs romains, l'esprit de généralisation et la philosophie de l'histoire des institutions juridiques trouvent, en apparence, peu leur compte ; mais ces savantes monographies, dues à de patientes recherches et à une érudition profonde, sont destinées à être les matériaux utiles de l'édifice monumental que quelque génie à venir pourra élever un jour.

M. Machelard aura été l'un des plus érudits, des plus laborieux précurseurs de cet événement scientifique. Nul plus que lui n'excelle à creuser les textes de la jurisprudence romaine, et à leur arracher le secret enveloppé dans leurs formules souvent ambiguës et trop de fois contradictoires. Mais le savant auteur de la *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et colégataires*, de l'*Etude sur la règle catonienne*, du *Traité des obligations naturelles en droit romain* et de la *Théorie générale des interdits*, ne porte pas l'admiration qu'il professe pour les jurisconsultes de Rome jusqu'à méconnaître les imperfections de leur œuvre. Dans le volume que nous annonçons aujourd'hui, M. Machelard essaye cependant non pas de justifier mais d'expliquer, en lui restituant sa véritable signification, cette ancienne division romaine des servitudes en *urbaines* et *rurales*, qui a soulevé de tout temps de si graves controverses parmi les commentateurs.

L'auteur ne se dissimule pas d'ailleurs le peu d'utilité pratique du débat dans lequel il s'engage. « En entreprenant ce travail, dit-il, nous n'avons pas la prétention d'aider à la solution de quelque question qui pourrait s'élever devant les tribunaux. Il s'agit d'une étude rétrospective et historique, mais qui en même temps appartient à la philosophie du droit. Si l'on aime à se rendre compte de la puissance dont jouissent certaines idées, qui, dans l'origine appropriées aux besoins de leur temps, survivent ensuite à leur cause et réussissent à se maintenir par la force mystérieuse de la tradition, on trouvera, si nous ne nous abusons, un exemple de ce phénomène dans le respect

dont a été entourée pendant tant de siècles la division des servitudes en urbaines et rurales. » M. Machelard démontre, en effet, que cette division, en harmonie avec l'état de la propriété foncière et son régime économique au premier âge de Rome, antérieurement à la loi des Douze tables, avait perdu à peu près toute son importance à l'époque classique, mais qu'elle ne fut pas abandonnée. Il y avait là une distinction qui se recommandait par son ancienneté, par sa simplicité, et qui s'adaptait assez heureusement, quoique d'une manière incomplète, avec la distinction qu'aurait exigée une saine théorie. Cela suffit pour sauver des locutions auxquelles on était depuis longtemps habitué. La division primitive resta la base de l'exposition des servitudes dans les œuvres des grands jurisconsultes. Les compilateurs de Justinien, en transmettant cette division aux jurisconsultes du monde moderne, les ont condamnés à d'interminables discussions pour essayer de maintenir à tout prix comme étant fondé sur la raison le classement des servitudes en urbaines et rurales. Il a fallu pour cela violenter le sens naturel des mots, et l'on est arrivé à transformer une division extrêmement claire en une division assez peu intelligible.

Dans cette substantielle monographie, M. Machelard ne s'est pas contenté de restituer à la théorie romaine la signification qui lui a paru être la plus exacte. Son examen s'est étendu aux distinctions admises dans le droit moderne, particulièrement à la division des servitudes en *continues* et *discontinues*. Persuadé que cette dernière division n'est guère plus heureuse que la division romaine, le savant romaniste a cherché, en s'appuyant sur les documents que fournit la jurisprudence, à montrer les inconvénients que cette division a révélés dans la pratique des affaires, soit qu'il s'agisse de la constitution des servitudes par la prescription ou par la destination du père de famille, soit qu'il s'agisse de l'extinction des servitudes par le non-usage.

Tel est le résumé, trop succinct à notre gré, du nouvel ouvrage dont M. Machelard a enrichi la science du droit romain. Nous aurions voulu suivre l'érudit professeur dans certains détails de sa critique, et montrer quelle sagacité et quelle profondeur il apporte dans l'analyse des textes soumis à son appréciation. Si M. Machelard, comme romaniste, honore la science française, son érudition le rattache à l'Allemagne, où il compte

[illegible]

[illegible]

[illegible]

l'Académie des sciences morales et politiques[1], laissait pourtant à désirer à divers égards et renferme quelques lacunes auxquelles peuvent remédier heureusement en grande partie les travaux de MM. Savigny, Schæffner, Mittermaier, Massé, Foelix et Demangeat. M. Rocco était resté attaché à la vieille tradition des statuts personnels et réels. A cette théorie surannée a été substituée dans les écoles italiennes une théorie nouvelle plus conforme aux maximes de la civilisation moderne, et qui, sous le patronage de M. Mancini, professeur de droit international à l'Université de Turin, a été définitivement admise dans la législation par les chambres florentines. Répudiant ainsi la doctrine de la réciprocité, qui n'est autre que la loi du talion appliquée aux relations internationales, l'Italie a eu l'insigne honneur d'inaugurer un droit nouveau qui ne tardera pas à être adopté par toutes les nations européennes.

Sans embrasser toute l'étendue de son sujet, laissant de côté notamment les matières pénales, M. Esperson a suivi pas à pas les rédacteurs du Code civil italien, commentant leur texte et donnant de loin en loin des solutions presque toujours satisfaisantes de quelques problèmes incomplétement tranchés par le livre officiel, et qui pourraient donner lieu dans la pratique à de sérieuses difficultés. Ne pouvant, à mon grand regret, indiquer tous les points qui ont attiré mon attention dans cet excellent livre, je m'arrêterai de préférence à l'examen des chapitres II, III et IV, où l'auteur pose des principes rationnels pour résoudre les questions qui ont trait aux conflits des législations concernant les personnes et l'exercice du droit de propriété.

L'attribut essentiel de l'homme est la liberté, attribut qui découle de l'idée de personnalité, laquelle est elle-même la source de tous les droits humains. Sans la liberté, en effet, il nous serait impossible de tirer parti des nombreuses et puissantes facultés que nous tenons de la nature; mais ce droit primordial et inaliénable doit être réglé et contenu dans la pratique parce que l'homme étant né non pour l'isolement mais pour l'état de société, il en résulte que la liberté du faible doit être protégée contre la liberté du fort. Cette règle, cette limite infranchissable qu'appelle impérieusement l'intérêt commun de l'humanité,

[1] Voir le *Moniteur* des 9, 11 et 12 juillet 1842.

c'est le *droit* objectivement considéré ou la loi *juridique*. En d'autres termes, tout droit est contenu par un devoir correspondant, et la liberté de chacun s'arrête là où commence la liberté d'autrui. A mesure que la civilisation se développe, ces rapports et ces antagonismes sociaux vont se multipliant, et la personnalité humaine a successivement servi de fondement à toutes les parties de la science. Mais c'est surtout en matière de droit privé que l'existence du principe suprême est reconnaissable; et lorsqu'il déclare par exemple « que tel homme jouit des droits civils, — que la propriété est inviolable, — que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois aux contractants..., » le législateur ne fait rien autre chose que rendre hommage à la personnalité humaine en proclamant les droits indispensables à sa conservation. Mais ce n'est point assez que ces rapports soient reconnus et sanctionnés en tant qu'ils s'établissent entre citoyens d'un même Etat. La race humaine ne forme plus aujourd'hui, on peut le dire, qu'une même famille ; et si, en franchissant la frontière de son pays, un Italien ou un Français perd sa qualité de citoyen, il faut qu'il puisse revendiquer en qualité d'homme un certain nombre de droits nécessaires à sa sécurité. Ces agrégations naturelles, qu'on nomme *nationalités*, se doivent un respect mutuel; et si le gouvernement d'un Etat ne saurait faire fléchir en faveur du citoyen d'un Etat voisin les lois qui touchent à la morale et à l'ordre public, — il se conforme strictement aux règles de la justice en octroyant à l'étranger tous les droits compatibles avec les grands intérêts nationaux, et c'est avec raison que M. Esperson résume son chapitre second dans cette formule : « Tout homme peut à l'étranger invoquer les lois de sa propre nation, en tant qu'elles ne sont point inconciliables avec le droit public de l'Etat où l'autorité judiciaire doit leur donner force exécutoire. »

Ce principe une fois posé, l'auteur passe dans le chapitre III à la critique des systèmes. Il insiste peu sur la théorie de M. Zachariæ, laquelle, admise dans toute sa rigueur, serait pour ainsi dire la négation du droit international privé. Il ne fait pas meilleur accueil aux vieux systèmes de la « réciprocité » et du « consentement présumé » ; il rejette à leur tour les idées ingénieuses, mais difficilement applicables de MM. Schæffner et Savigny ; et s'il rend hommage aux doctrines plus conciliantes de l'école

française, il n'a pas de peine à démontrer ce qu'elles ont d'incomplet et d'insuffisant en présence des nécessités du temps. Après avoir ainsi fait table rase, il consacre son chapitre IV à un essai de reconstruction qu'il nous reste à apprécier.

On trouve chez tous les peuples civilisés des lois destinées à régler l'état des personnes, la capacité juridique et les relations de famille. Mais ces lois sont loin de revêtir le caractère de l'uniformité, les divers législateurs ayant soin de les mettre en harmonie avec les conditions spéciales de chacune des nations qu'elles doivent régir. Il en résulte que bien souvent il est malaisé d'apercevoir si leur effet doit se limiter aux citoyens de l'Etat ou bien s'étendre aux étrangers eux-mêmes présents momentanément sur le territoire où elles sont en vigueur. S'il est un principe sanctionné par le consentement presque unanime des écrivains et par la jurisprudence de toutes les nations, c'est celui « que les lois personnelles accompagnent l'individu sur le territoire étranger, et qu'il peut les invoquer partout où il se trouve; » mais la difficulté consiste à décider si une loi est personnelle, en ce sens que ses effets puissent s'en faire sentir en dehors de l'Etat où elle a été promulguée. On se demandait également si, en certains cas, la loi du domicile ne devait pas être préférée, et si Primus, Français, ayant son principal établissement à Hambourg, pouvait invoquer à Florence la loi française ou la loi germanique. Le problème était resté sans solution, et les jurisconsultes avouaient généralement qu'il n'y avait point de base certaine pour définir les questions relatives aux conflits des législations. C'est ici que le système proposé par les Universités d'outre-monts et adopté par le législateur italien trouve une heureuse application, et c'est en se fondant sur les éternels principes de la justice qu'il déclare que tout homme peut invoquer la loi nationale, « alors qu'il s'agit de régler sa capacité personnelle et ses rapports de famille. » Il est évident, en effet, que le droit des nationalités serait outrageusement violé si un Français majeur dans son pays tombait au rang des mineurs en franchissant le Rhin, ou si au contraire une personne justement flétrie pouvait se réhabiliter et reprendre sa capacité juridique en se rendant dans un pays étranger. Ainsi donc, l'état des personnes, les rapports de famille devront être réglés par la loi nationale et non par la *lex domicilii*, et ce droit ne fléchira que

lorsqu'il sera en collision avec le droit public C'est en vertu de cette restriction que le catholique et le protestant, persécutés par leurs concitoyens, pourront jouir chez un peuple plus tolérant du libre exercice de leur religion, et que tout esclave verra tomber ses fers en abordant à Gênes, à Naples ou à Venise.

La législation italienne, cet insigne monument de sagesse civile, n'a point établi, il est vrai, un *criterium* général pour trancher toutes les questions de droit international privé ; mais du principe formulé dans l'article 6 du titre préliminaire, M. Esperson tire par voie de conséquence des solutions pour divers cas réputés embarrassants, et il discute avec une rare lucidité différentes hypothèses fort dignes d'attirer l'attention. Je citerai notamment les paragraphes où il traite de la façon dont s'acquiert et se perd la nationalité, — des effets qui dérivent de ce changement de nationalité, — du mariage contracté à l'étranger, etc., etc. Dans cette série de considérations sur des questions extrêmement délicates, M. Esperson fait preuve à la fois du savoir le plus étendu et du sens le plus droit ; et quoique fort bienveillant pour les rédacteurs du Code, il signale avec impartialité les points sur lesquels ils ont faibli par excès de prudence et de timidité. Nous ne le suivrons point dans cette étude, qui entraînerait des développements hors de toute proportion avec l'espace qui nous est ici accordé, et en rendant justice à ce qu'il y a d'excellent dans son premier travail, nous engageons le jeune jurisconsulte à lui donner au plus vite un indispensable complément par la publication qu'il nous promet d'un traité sur le droit international privé considéré dans ses rapports avec les lois pénales. AMÉDÉE ROUX.

Archives de la Bastille. Documents inédits recueillis et publiés par M. François RAVAISSON, conservateur adjoint à la Bibliothèque de l'Arsenal ; t. II et III. — Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1868; in-8°. Prix : 9 fr.

Nous avons déjà fait connaître à nos lecteurs la publication du premier volume de ce recueil. Les deux nouveaux volumes que M Ravaisson vient de donner n'offrent pas moins d'intérêt que le précédent. Le second, et près de la moitié du troisième, sont remplis par la suite du procès de Fouquet ; les principaux

actes de la Chambre de justice et la correspondance relative au séjour de Fouquet à Pignerol. Puis viennent d'autres affaires moins graves : ce sont les députés de Calais mis à la Bastille pour avoir réclamé contre les exactions du gouverneur de la ville ; des officiers punis pour avoir refusé de recevoir en nature le pain de munition des soldats ; un capitaine pour s'être révolté contre le gouverneur de Pignerol. Un fou, nommé Morin, est condamné au bûcher pour maléfices. Le malheureux se croyait l'incarnation du Christ. On voit encore un conseiller de Dijon qui triche au jeu ; un magistrat de Metz qui s'empare d'un château, où il est militairement assiégé par son compétiteur ; des duellistes, des assassins, des fous, des faussaires ; un commis des affaires étrangères pendu pour avoir livré les dépêches de M. de Lionne ; enfin, différentes personnes enfermées à la requête d'ambassadeurs étrangers.

Le quatrième volume doit comprendre les documents relatifs à l'affaire de M^me^ de Brinvilliers et à celle de la chambre ardente

La publication de M. Ravaisson est très-bien conçue : il ne donne *in extenso* que les pièces vraiment intéressantes. Les autres sont analysées. Des notes font connaître les principaux personnages dont il est question dans les pièces, et des tables alphabétiques permettent de retrouver facilement tous les noms. Ajoutons qu'à propos du procès de Fouquet, l'auteur nous donne un excellent aperçu du système financier à l'époque dont il s'agit, sans appareil technique, mais avec la vivacité d'impression d'un chercheur qui a étudié son sujet pièces en main, et qui a pris la réalité sur le fait. R. D.

ETUDES

SUR

L'ANCIEN DROIT BOURGUIGNON

D'APRÈS

LES PROTOCOLES DES NOTAIRES

(XIVme ET XVme SIÈCLES).

V. — TUTELLE ET CURATELLE.

En Bourgogne, la garde bourgeoise proprement dite, telle qu'elle se pratiquait sous l'empire de la coutume de Paris, était inconnue. Le père survivant restait légitime administrateur de ses enfants mineurs et devait compte des meubles, mais il faisait les fruits siens[1].

La veuve ne devenait tutrice que par autorité de justice, et dans le cas seulement où son mari n'avait pas disposé de la tutelle par testament ; elle pouvait la refuser ; elle devait compte des meubles et des fruits. Tels sont les principes généraux.

Nous trouvons, dans les actes reçus par les notaires, des traces de l'antiquité de ces usages, que le temps néanmoins a quelque peu modifiés.

L'acte suivant a pour objet une sorte de disposition à cause de mort par laquelle le père de famille désigne le tuteur de ses enfants.

« Perroz Roquilloz de Faanay, considérant la bonne amour et affinitey que Jehan li gardiens de Dijon, père de Johannote, femme dudit Perroz, a envers lui, sadite femme, Regnaut,

[1] L'article 56 de la coutume est ainsi conçu : « Et aussi le père est légitime administrateur des corps et biens de ses enfants ; et après le trépas de sa femme prend les biens de sesdits enfants par inventaire, et demeure obligé de rendre les meubles et héritages à sesdits enfants, quand ils seront en âge suffisant et séparés de leur dit père, en faisant les fruits siens, etc. »

Guiote, Perrenote et Jehan leurs enfans, moindres d'aaige, veult et ordonne dez maintenant que ou cas qu'il yra de vie à trespassement de la présente maladie qu'il a et souffre, li diz Jehans li gardiens ait le gouvernement, tutèle et administracion des corps et biens des diz ses enfans moindres d'aaige, jusques ad ce qu'il soient aaigiez.

« Et veult lidiz Perroz que lidiz Jehans face et acomplisse ce qui lui a enchargié pour sa darrenière volunte et ordonnance, dont il le charge et le met en sa conscience.

« Et rappelle lidiz Perroz touz autres ordonnances ou testamens, se aucuns en fit..., etc.

« Othenin Vaudeneaul, Jehan d'Aultrey et Martin Lenoir, demeurant à Dijon, et Guioz li Bichaudez, de Gevrey.

« Die lune post Petrum ad vincula (1378)[1]. »

Dans un acte du mois de janvier 1357 (v. st.), figure un tuteur testamentaire qui assiste au contrat de mariage de sa pupille, et lui fait un présent assez considérable.

« Jehans, fils feu Abelot dit de Bèze, de Dijon, clers, tutours et en nom de tutour donné par testament de Phelippe Clarambault, jadis bourjois de Dijon, à Doucette et Marguerite, filles doudit Phelippe, engendrées au corps de Clare, sa femme, nièce doudit Jehan d'une part, et Jehannins de Foissey, citiens de Trohes, pour luy et en nom de luy, d'autre; les dites parties ou traitié de mariage à avenir doudit Jehannin et de ladite Doucette par paroles de futur, etc...

« ..... Item, et pour la contemplacion doudit mariage, et pour la affection qu'il ha à ladite Doucette, laquele il ha norrie puis le trespassement de son dit père, promet encor lidis Jehans ledit mariage solempnisey, baillier et délivrer audit Jehannin, en nom et à cause de ladite Doucette, cent florins de Florence et avec ce, en joiaux d'or et d'argent, jusques à la somme de cinquante florins de Florence, etc.[2] »

Ainsi que j'en ai fait ci-dessus la remarque, il existe une sorte de contradiction entre les dispositions de l'ancien droit coutu-

[1] *Protoc. de Guill. Girard* (nos 66 et B. 11, 284), fo 5.

[2] La dot de la future paraît être de 350 florins environ provenant de ses biens paternels. Il en résulte qu'elle devait avoir en joyaux environ le septième de la valeur de son apport (*Protoc. de Jean d'Acey*, nos 27, B. 11 254).

mier bourguignon qui attribuait l'avouerie de l'enfant mineur à son frère, de préférence à l'ascendant survivant, et les textes, qui le plus souvent donnent la tutelle au père ou à la mère, usage qui a prévalu et qui a trouvé place dans l'article 54 de la coutume. Les actes qui attribuent la tutelle au frère sont assez rares et méritent d'être cités.

Je trouve, dans le protocole du notaire Gui-Jean de Fontaine, un exemple de ce genre : les parents du mineur décernent la tutelle au frère, en présence de la mère non remariée de l'orphelin :

« Nicholaus Biseti de Mirabello, filius quondam Johannis « Biseti, tutor legitimus ut asserit Johannis fratris sui, minoris « ætatis, prout apparet add. per tutorium suum, cujus tenor « sequitur per hec verba :

« A tous ceulx qui verront et ourront ces présentes lettres, Othenin de Tolcenay, escuyer, baillif de Mirebel, salut. Comme Jehan, fils de feu Jehan Bisot de Mirebel, soit demorez pupilles et moindre d'aaige, si nay le san (pour *sens*) de gouverner li ne ses biens, si nous ont requis li amis dudit moindre que sur ce nous pervessiens de remède convenable. Et nous, enclinans à lour requeste comme à juste, avons faict appeler les plus prochains amis dudit moindre, c'est assavoir Odeonin, mère dudit pupille, Melinote, suer dudit pupille, femme Jehan Petitot, de Dijon, ledit Jehan Petitot, Hugues Pain Chaudet, et Nicholas Bisot, frère dudit pupille, liquelx ont juré par lour serment que Nicholas Bisot, frère dudit pupille, sera et est le plus proffitable de gouverner ledit moindre et ses biens ;

« Et pour ce, nous confians en la léaulté et sermens desdis amis, avons baillié et par la teneur de ces présentes lettres baillons audit Nicholas le gardement et administration dudit pupille, dès la date de ces lettres jusques à IIII ans ensuigant, liquelz Nicholas hay juré par son serment corporelment donné sur sains Évangiles de Deu et sur l'obligation de ses biens, bien et léaulment gouverner ledit pupille, et à li administrer ses nécessitez, c'est assavoir vivre et vestir solon son estat, et à luy apanre le mestier de pelecenier, le terme durant, et a promis ledit Nicholas de maintenir la maison dudit pupille en estat, de cultiver ses héritages ; et seront li émolumens et fruz audit Nicholas, ledit terme durant. Et est assavoir que quinze gros tour-

nois d'argent que lidiz Nicholas devoit audit moindre sont quittes.

« Et est faicte l'inventoire des biens mobles dudit pupille, c'est assavoir de trois arches, esquelles lidis pupilles a la moitié, une table, une petite coutre de plume et ung cussin. Et au chief des IIII ans, lidis moindres auray et emporteray la moitié des mobles dessus dit.

« Ce fut faiz en la présence des amiz dessusdiz, Hugues de Roigelain, Jaques de Besançon, Andriot le Costancel et plusieurs autres tesmoins ad ce appelez, le mardi devant saint Luc évangéliste, l'an de grâce mil CCCLXXI.

« Dictus tutor..., etc.[1] »

Bien plus, nous lisons, dans un acte postérieur au précédent, que la tutelle pouvait être déférée à un étranger, en présence même de la veuve, mère des pupilles :

« L'an MCCCLXXIX, le mercredi jour de Sainte-Croix (3 mai), par devant Odot Lorcenour, Jehan Grant, Jehan Sauvaigeot, eschevins de Talant, séans pour jugement à hore de prime, Jehannote, femme fu Alardot Robin de Talant, Guiot Brocard, Perrenot Bertheaul, Henry Bertheaul, Aliot le Bienvenuet, Eliot fils le Bienvenuet, Jehan Portepais, Girart de Gircencey, tous parans et amis charnels de Huguenin et Aliot, moindres d'aaige, *enfans de ladite Jehannote*, du corps de feu ledit Alardot Robin, ont voulu et consenti et juré par lour sairement que Simonot de Maulain est li plux convenable à estre tutour et curatour des dis moindres et de lour biens, liquelx Simonot ay esté éleus par les dessus dis, et fait le serment en la main des dis eschevins que bien et léaulment il gouverneroy les dis moindres et lour biens, etc.[2]. »

Les deux actes qui précèdent sont passés devant des magistrats

[1] Suit l'acte par lequel le tuteur place son frère et pupille en apprentissage pour six ans chez un pelletier de Dijon. Mirebeau, chef-lieu de canton de l'arrondissement de Dijon. *Protoc. de G.-J. de Fontaine* (nº 62, B. 11, 271), fº 56.

[2] Au mois de février suivant, le tuteur se présente devant les échevins et se fait autoriser, de l'avis des parents de son pupille, à vendre une vigne dont le prix est destiné à payer une dette due à des juifs et à des lombards du duché de Bourgogne. *Protoc. d'Aubertin de Saulxurete* (nº 69).

qui reçoivent le serment du tuteur : le suivant est reçu par un simple tabellion de village. Il est vrai que, parmi les témoins, on rencontre le prévôt du lieu ; mais cet officier public demeure étranger à la substance de l'acte et ne fait aucun acte d'autorité.

« A tous ceulx qui verront et orront ces présentes lettres, sachent tuit que, en la présence de moy Odot T., prestre, tabellion de la Marche pour madame de Pesmes et dudit lieu de la Marche, est venue Arambour, fille feu Jehannot le Maignen de la Marche, suer de Estevenot Labbe de la Marche, et demorant à Plombières, et suer de Vincent, frère auxi dudit Estevenot Labbe, auxi de Jehannot le Roppin de la Marche, cosin plus prochain dudit Estevenot ;

« Je, ladite Arambour, du loux consent et auctoritey de Jehannot Lalorier, mon mari, à ce estant à présent, nous sommes consentus et consentons, ensamble ledit Jehannot le Roppin que ledit Vincent, nostre frère et cosin, ait le bail et gouvernement des enfans à nostre frère et cosin fu Estienne Labbe, et vuillons que tout ce qu'il en ferat soit tenus ;

« Auxi lidit Vincent nous ait jurié par son sairement sur sains Évangiles de Dieu de bien et léalment gouverner lesdiz enfans ;

« Pourquoy nous nous sommes consenti que ledit Vincent eust le bail et gouvernement.

« Donné à la Marche le second jour de novembre (1383), soubs mon signet manuel et nostre scel.

« Présents : Estienne Agnelot, prévost de la Marche et Jehannot Le Chenillot dudit lieu[1]. »

Mais, en général, le soin de pourvoir les enfants mineurs d'un tuteur appartenait aux magistrats municipaux : dans l'acte suivant, que l'on peut considérer comme un type des plus complets, on voit le maire de Dijon présider la réunion d'un nombreux conseil de famille. Il reçoit le serment des parents qui le composent. Ceux-ci délibèrent, désignent comme tuteur et curateur l'aïeul des enfants. Le maire lui confère la tutelle et les pouvoirs qui y sont attachés, lui fait prêter serment et désigne le clerc qui dressera l'inventaire des biens appartenant aux trois enfants mineurs qui sont confiés à leur grand-père.

1. *Protoc. de G.-J. de Fontaine* (nº 79). La Marche, canton de Pontailler, arrondissement de Dijon.

« A tous ceulx qui verront et orront ces présentes lettres, Richard de Chancey, licencié en loys, conseiller Mons. le duc de Bourgogne, maieur de la ville et commune de Dijon, salut :

« Savoir faisons que l'an de grâce mil cccc et quatre, le XXIIII[e] jour du mois de décembre, maistre Hugue Morel, Vasselin de la Pissine, Jehan Poissenot, Hugote sa femme, Regnaul Richier, maistre Aubert de Fleurey, maistre Jehan son frère, Perrenot Poissenot, Jehan Moisson, Marguerite sa femme, maistre Pierre de Jaleranges, maistre Hugue le Vertueux, Jehan Chambellan, Regnaul Ayme, Ysabel, femme Josset du Halle, Hugote, suer de feu Millot de Léry, Marguerite, femme de feu ledit Millot, Emart de Lich, et Marguerite sa femme, parens et amis charnelx et voisins comme l'on dit Prenote, Guienot, Jehan et Alixand, moindres d'ans, frères et suers, enfans de feu ledit Millot et de feu Guillote, jadis sa femme, et fille dudit Jehan Moissenot, sont venus en jugement à Dijon par devant nous, lesquelx y estoient adjourney audit jour pour veoir fere les choses cy-après escriptes, et nous ont requis que : comme lesdis Prenote, Guienot, Jehan et Alixand soient moindres d'ans et ne soient de tel sens ou discrecion quilz puissent ou sachent eulx ne leurs biens garder, norrir ne gouverner, ne leur droit requérir, demander et poursuir leurs causes, deffendre et maintenir en la manière qu'il appartient, nous iceulx moindres voulsissions maintenir en la manière qu'il appartient, et à iceulx moindres voulsissions donner et décerner ung et proffitable tutour et curatour, l'un d'eulx ou aultre, tel que par eulx seroit advisier au proffit desdis moindres, pour leurs corps et leurs biens garder, norrir et gouverner, et leurs drois requérir, demander et poursuir, et leurs causes deffendre et maintenir envers et contre tous, en la manière que en tel cas appartient;

« Pourquoy nous, inclinans à leur requeste, comme juste, iceulx avons fait jurer aux sains Évangilles de Dieu que bien et léalment ilz esliroient ung bon et proffitable tutour et curatour ausdis moindres, l'un d'eulx ou aultre tel que bon leur sembleroit, pour les corps desdis moindres..., etc.

« Et après ce, les avons fait traire à part pour eslire entre eulx ledit tutour et curatour, lesquelx parens et amis et voisins, eu sur ce leur advis et délibéracion, sont retornez par devers nous et nous ont raporté judicialment tous ensemble d'un com-

mun assentement en leurs léaultez et consciences que ledit Jehan Poissenot, grant-père desdis moindres, sera bon et proffitable tutour et curatour ausdis moindres, et ainsi l'ont esleu entre eulx.

« Et pour ce, nous, oy sur ce l'advis, délibéracion et élection desdis parens, amis et voisins, nous, de nostre auctorité ordinaire et du consentement et volenté desdis parens, amis et voisins, avons institué, ordonné, créé et establi, et par ces présentes instituons..., etc..., ledit J. Poissenot, tutour et curatour ausdis moindres, pour leurs corps et biens garder..., etc..., auquel tutour et curatour nous avons baillié et délivré, et par ces présentes baillons et délivrons la charge et gouvernement des corps, biens et causes d'iceulx moindres ;

« Liquel J. Poissenot en a pris et accepte en soy la charge, et a juré aux sains Évangilles de Dieu et soubs l'obligacion de tous ses biens présens et advenir quelconques, de bien et léaulment garder, norrir et gouverner les corps et biens desdis moindres, etc..., et de pourchacier le profit d'iceulx moindres et éviter leur dommaige de tout son povoir en tous cas;

« Et pour ce nous à icelli tutour et curatour avons donné et donnons par ces présentes plain povoir, auctorité et mandement especial desdits moindres et leurs biens norrir, garder et gouverner..., etc..., de faire partage et division des biens desdis moindres avec toutes manières de gens, et généralment de faire toutes et singulières choses en tel cas appartenantes, etc..., les biens desquels moindres, qui par deu inventoire qui s'en fera par J. Guienot, clerc commis ad ce dessous et lequel nous y commettons par ces présentes, lui seront bailliés, lequel tutour et curatour sera tenuz et a promis par sondit serment et soubs l'obligacion que dessus d'en rendre bon et léal compte où il appartiendra quand mestier sera et requis en soit.

« Et afin que ce soit chose ferme et estable, etc.[1] »

La veuve qui se remariait ne perdait pas la tutelle de ses enfants : tel était le principe reconnu par la coutume de Bourgogne (art. 57) :

« La femme qui est baillistre, administeresse ou tutrice de ses enfans, quand elle se marie après le trespas de son mari, ne

1 *Protoc. de J. Dubois de Verrière* (n° 115 *bis*, B. 11, 356).

perd point ladite baillisterie, administration ou tutèle de ses enfans à elle demeurés de son mari trespassé. »

Telle était la tradition attestée par l'ancien texte latin de la coutume publiée par Bouhier :

« Maritagium matris non auffert ab eâ tutelam liberorum suorum. »

On lit de même dans la compilation des anciennes coutumes :

« La mère ne perd point le bail, suposé qu'elle aille aux secondes nopces. Ne fait aussi la femme non noble, et ne perd pas la tutelle de ses enfans par les secondes nopces[1]. »

L'intérêt des mineurs, lorsque leur mère se remariait, était de voir fixer à une somme déterminée le montant de leurs droits mobiliers dans la succession de leur père. Pour plus de garantie, le prix en était débattu et arrêté par un traité passé entre la mère et les parents paternels des enfants, ainsi qu'on le voit par l'acte suivant :

« Johannez Quarrez, à cause de Jehannote sa femme, fille fuit Jehannot Andriot, de Lanthenay, Marguerite, femme Besançon de Fouvans, bouchier, suer de ladite Jehannote, lour facens fors pour Berthiot Andriot leur frère, parans et amis charnels plus prochains de Marguerite et Jehan, moindres d'aaige, enfans de feu Jeoffroy de Lanthenay, corduanier, jadis frère desdits Marguerite, Jehannote et Berthiot, procréez dou corps de Gérarde, fille de feu Jehan Chauchart, femme future de Jehan, filz de feu Jehan Lambelot de Sacunnay, corduanier, considérans sur ce le proffit desdis moindres pour lesquels ils se font fors, etc., cèdent et renuncent perpétuelment esdiz Girarde et Jehan, mariez advenir, tous les biens meubles et debs advenus escheuz et appartenans esdis moindres à cause de la succession de feu ledit Geoffroy leur père, parmi la somme de vint francs d'our. Et parmi ce qu'il seront tenuz de paier touz debtes en quoy lidis Jeoffroy povoit estre tenuz à quelque personne que ce soit par le temps de son trespas et en acquitter lesdis enfans envers touz..., etc.[2] »

[1] Tit. III, art. 13.

[2] Acte du 21 avril 1372. *Protoc. de G.-J. de Fontaine* (n° 62, B. 11, 271), f° 4.

La mère préférait quelquefois se décharger de toute responsabilité, en remettant à un tiers les valeurs mobilières appartenant à ses enfants. Tel est le sens d'un traité passé entre une nommée Perrenete, veuve de Guillaume Soirans, qui annonce l'intention de contracter un nouveau mariage, et son frère Jean Soirans, qui reçoit de la veuve une somme de 400 florins appartenant à ses trois enfants mineurs :

« Perreneta, filia quondam Thome Soirans, de Auxonâ, re-
« licta que Villelmi Soirans, de Auxonâ, asserando se recepisse
« et habuisse de bonis mobilibus remansis à successione felize
« recordationis dicti Villelmi, spectantibus Johannete, Beleto et
« Andrieto, liberis suis et quos habuit de semine dicti Vill.,
« videlicet quater centos florenos de Florenciâ, auri boni et
« justi ponderis, à domino Andreâ Soirans, de Auxonâ, presby-
« tero, Johanne Soirans et Hugone Dayre, de Auxonâ, executo-
« ribus testamenti bone memorie dicti Villelmi, ex unâ parte,
« et Johanninus Soirans, ejus frater, ex alterâ parte :

« Faciunt inter se ad invicem pactiones que sequuntur, vide-
« licet : quod propter hoc quod ipsa Perreneta, orbata à domino
« suo viro, intendit cum alio viro maritare, quapropter ipsa
« tradit et deliberat dictos quater centum florenos eidem Jo-
« hannino fratri suo, tanquam meliori amico et consanguineo
« dictorum liberorum, in se obligando sicuti se obligat, et ipsa
« Perreneta, et prout continetur in litteris super hoc confectis,
« sub sigillo curie domini Ducis Burgund., et quos quater cen-
« tum florenos de Florentiâ dictus Johanninus confitetur se
« habuisse et recepisse a dictâ Perrenetâ, et de quibus, etc.
« Promitt. dictus Johanninus reddere et solvere dictis liberis,
« quando erunt in etate legitimâ vel quandocumque ipsos con-
« tigerit maritare secundum rei exigenciam, et acquitare dic-
« tam P. Et Johannes Viardi, de Auxonâ, in quantum premissa
« sibi tangunt aut tangere possunt, in futurum se consensit.
« Promitt. oblig. renunc. — Test. dom. Andreas Soirans, de
« Auxonâ, presbyter, et Joh. Soirans.

« VIII die mensis maii (1366)[1]. »

Dans d'autres circonstances, ainsi que cela résulte d'un acte du 29 août 1399, nous voyons une mère traiter avec sa fille

[1] *Protoc. de Rich. Poissenot* (n° 48, B. 11, 264), f° 54, v°.

mineure, assistée d'un de ses parents, comme elle le ferait avec une étrangère : elle la prend en apprentissage et s'oblige à lui payer, à l'expiration du terme de six ans, une somme de 6 francs, sur laquelle somme 5 francs représentent les droits de l'orpheline dans la succession de son père prédécédé.

« Guillemote, fille de fu Jehan Dieu le fit, de Dijon, du corps de Jehannote, sa femme, de l'autorité de Simonin le frepier de Dijon, son plus prochain parent charnel, ad ce présent, etc., se commande, etc., dès la date de ces présentes jusques à six ans après continuellement suivant à ladite Jehannote, sa mère présente et retenant, etc., pour aprendre la science de couture de draps, linges, et pour la servir licitement, etc ; pour et parmy ce que ladite sa mère lui administrera, ledit terme durant, toutes ses nécessitez, etc., selon son estat, à ses missions et despens, et en la fin dudit, lui paiera pour une fois six francs d'or, etc., et parmy les paiant, elle demourera quitte principalement de cinq francs qu'elle luy devoit pour son droit des biens demourez de fu son dit père, contenuz en lettres de Lengres, de certain traictié fait entre ledit Simonin et elle, receu le XXII^e^ jour de décembre l'an mil CCCLXXXXVIII, lesquelles sont reconneuz par le présent de nule valeur quant auxdis cinq francs tant seulement...

« Ou cas que ladite mère se mariroit et que sondit mari ne volet soffrir ladite fil, ladite mère seroit tenue la mettre à aultre maîtresse et li administrer comme dessus[1]. »

Dans un acte du 27 janvier 1360, (v. st.), la mère-tutrice de trois enfants en bas âge, prend l'engagement de les entretenir aux écoles et de les nourrir pendant six ans. Elle reconnaît leur devoir une somme de 180 florins, qui représente la part des mineurs dans les valeurs mobilières provenant de leur père ; elle s'engage à payer les dettes de la communauté et à administrer convenablement les immeubles propres de ces mêmes enfants[2].

[1] *Protoc. de P. de Donmartin* (n° 102).

[2] « ... Debetque dicta Catharina tenere ad scholas dictos liberos, vi-« delicet masculos, et tenere omnia et singula hereditagia sua in bono « statu, nec non debita sua solvere dictis debitoribus suis de suo proprio, « sine diminucione aliquâ dictorum novies viginti florenorum, et cum hoc « dictos liberos nutrire, et ad scholas tenere masculos, ut prefatum, usque

Un autre acte, du mois de février 1381 (v. st.), a plus spécialement pour objet la reconnaissance d'une dette de 12 francs d'or au profit d'une jeune fille mineure par sa mère, dont la qualité de tutrice n'est pas encore énoncée. Elle s'oblige à payer les dettes de l'enfant et à l'entretenir pendant deux ans.

« Marrotte, femme de M. Baquier, de Dijon, cognoit et confesse devoir à Jehannote sa fille, moindre d'aaige, a ley demorée du corps de feu ledit Hugue, la somme de douze francs d'or, pour cause de la prisiée et extimation de touz les biens mobles demorez et advenuz à ladite fille de la succession de feu son dit père, liqueix biens ont estey partis, vehuz, tauxez et estimez à ladite somme par Aubri de Vaulx et Nicholas de Chenoves, du consentement, en la présence et par l'advis de Rich. Baquier, oncle paternel d'icelle fille... (et autres parents), ad ce présens, consentans, et les chauses dessus dites rattifians, et approuvant et lour facent fois quant à ce pour ladite moindre...., etc. [1]. »

Dans les actes qui précèdent, la mère a traité à forfait, moyennant une somme déterminée, pour remplir ses enfants de leurs droits mobiliers. Dans un acte du 7 février 1349 (v. st.), le tuteur prend l'engagement de conserver les meubles du mineur.

« Omnia bona mobilia ipsius pupilli ipso pupillo custodire... » L'acte se termine par l'inventaire des ustensiles de ménage qu'il prend en charge, et cependant on y lit en même temps que les meubles sont abandonnés au tuteur pour payer les dettes de l'enfant :

« Et debet sæpe dictus Odo habere dicta mobilia pro solvendo « debita ipsius pupilli. » Enfin, dans un post-scriptum, le rédacteur insiste sur ce point en ces termes : « Item debet solvere « debita dictus Odo ipsius pupilli. »

Il faut nécessairement en conclure que le tuteur prendra sur les meubles de quoi payer les dettes et qu'il ne représentera à l'expiration du terme de six ans, durée de la tutelle ou curatelle, que ceux qui resteront. Quant aux frais d'entretien de

« ad sex annos a data presencium incipientes et continuo sequentes... » *Protoc. du notaire d'Is-sur Tille, Constance Clere* (n° 15).

[1] Suivent les autres engagements de la mère. *Protoc. du notaire G.-J. de Fontaine* (n° 76).

l'enfant, il y sera pourvu au moyen des revenus de ses propriétés [1].

Dans ces divers traités, on remarquera que les enfants mineurs sont représentés par leurs parents paternels, qui traitent pour le compte des pupilles avec la mère tutrice. Réciproquement, lorsque les enfants ont leur père pour tuteur, il traite avec les parents maternels : il est obligé, comme le serait la mère, à garantir aux enfants la restitution de leurs valeurs mobilières, et à entretenir leurs héritages en bon état.

« Theobaldus Chaupilley, de Divione, viticola, debet Johanno « et Amieto, liberis suis minoribus etatis sibi ex corpore quon- « dam Perrenete uxoris sue, quinque francos boni auri, etc., « ratione et ex causâ bonorum mobilium dicte Perrenete, sibi « *ab amicis et parentibus dicte quondam Perrenete traditorum*, « de quibus, etc.; quos quidem quinque francos dictus Theobal- « dus vult et expresse consentit per dictos ejus liberos capi « super omnia bona sua predicta, obligat propter hoc specia- « liter et expressè.

« Idem confitetur dictus Theobaldus tenere et possidere, « nomine dictorum liberorum suorum et ab ipsis tanquam « legitimus tutor, quamdam domum eisdem liberis suis perti- « nentem, cum pertinentiis suis, sitam Divione in vico es Ri- « botez juxtà etc... Quam domum manutenere tenebitur dictus « Theobaldus, quamdiu tenebit, de omnibus sibi necessariis et « eam reddere dictis liberis suis, quam cito pubertatis ad « etatem pervenerunt, unâ cum dictis quinque francis, vel illis « quibus intererit, si dictos liberos suos decedere contingeret « ab humanis, antequam pubertatis annos attingerent...., etc. »

« Die jovis post conversionem sancti Pauli, anno MCCCLXXVII [2]. »

[1] « ... Dictus pupillus debet cum ipso Odone personaliter residere et cum « eodem, victum et vestitum, cum omnibus necessariis ipsius pupilli ab « ipso Odone ministrandis, et omnia bona mobilia ipsius pupilli ipso pu- « pillo custodire, et ipso predicta ministrare pro fructibus hereditagiorum « ipsius pupilli. Et debet sæpe dictus Ode habere dicta mobilia pro sol- « vendo debita ipsius pupilli... » Il importe d'ajouter que rien dans l'acte n'indique expressément la qualité en laquelle Odon prend ces engagements : il y est énoncé simplement qu'il a été convenu entre lui et la famille qu'il devait « tenere, regere et nutrire... Villelm., filium Pernini, etc. » Ces obligations sont celles d'un tuteur ou curateur. (*Protoc. de C. Clerc*, précité.)

[2] *Protoc. de Guill. Girard* (nº 66, B. 11, 284), fº 1.

Il pouvait arriver que les intérêts des enfants fussent en opposition avec ceux de leur mère et du second mari de celle-ci. Il résulte de l'acte suivant que la mère avait à exercer des reprises sur les biens de son défunt mari ; que ces immeubles étaient en mauvais état et qu'il était urgent de ne pas les laisser dépérir davantage. Le mari propose soit de les acheter, soit d'y faire les réparations nécessaires, mais à la condition qu'il en sera indemnisé. Il interpelle à cet effet le maire et les échevins d'Auxonne : « Vous, dit-il, mahour et eschevins, estez tenus de pourvoir touz pupilles, etc. »

« L'an mil CCCLXX, le IX^e^ jour de juillet, envoiron hore de none, à Auxonne, de la diocèse de Besançon, en la rue dou Bourg, devant la maison Jehan Morel d'Auxonne, enquin personnellement estans Guillaumes Morel, mahour de la ville et commune d'Auxonne, Regnaul de Mailley, Thyebaul Jahannot, Perrenot le Maire et Girar Morel, eschevins de ladite ville, d'une part ;

« Et Jehans le Carondellers, de Dole, d'autre part :

« Lidiz Jehans disant telles paroles esdis mahour et eschevins : « Signeurs, il est véritey que j'ai prise à famme Ysebel, « file de feu Jehan Marguenet d'Auxonne, femme de feu Denison « Ysnart son premier, douquel li sont demorez moindres et pu- « pilles Hugues et Phélise, leurs enfans, desquelx vous lidiz Per- « renot li Maire et Jehanote, mère de ladite Ysabel, avez la « tuterie, advouherie et gouvernement, si comme l'on dit, et « vous li autres, mahour et eschevins estes tenus de pourveoir « touz pupilles ; pourquoy, je vous requier et plusieurs autres « fois ay requis à vous ledit Perrenot et à ladite Jehanote que « vous fetes ou feissiez que je fusse paier de six vint florins de « Florence que lidit Denisons reçut des deniers dou mariage de « ladite Ysabel et li assignay sus plusieurs héritaiges et maisons « qui chesent et sont choiste en ruyne, et vous nan avez riens fait « et que ycels héritaiges et maisons je estoye et encore suis prest « de panre au regart de prud'hommes, et ce qu'il dirient qui vau- « drait c florins, je voulaye panre pour c et dix, et ce qui vau- « royt c et x, je vuil panre pour VI XX ; et se anisint ne se peut « faire qu'il soit regardé au doit de saiges et je suis prest de lauler « avec vous à Dijon ou autre part à mes missions le meilleur et « le plus segur commant bonnement lesdig heritaiges et maisons

« soyent relevez, et je suis prest de les relever et mettre en estat, « par telle menière auxi que ce qu'il me coustera au relever fust « regardez, auxi qu'il me fust payez et esseurez et à celle fin, que « l'on ne die pas que lidis héritaiges et maisons ne chesient par « mon deffaut.

« Et lidiz maires et eschevins respondirent que ce compétoit es amis, parents et tutours, et ce qu'il pourroient et devroient faire bonnement, il le feroient velentiers.

« Et lidiz Jehans dit : « De la présentacion et des choses ci- « dessus je vous demande instrument. »

« Tesmoins Jehan Morel, Jehan Damoisel, Besançon-Mooley et Hugues de Mailley, d'Auxonne [1]. »

De même, une mère pouvait se trouver dans la nécessité de plaider contre ses enfants, et dans ce cas évidemment les mineurs étaient pourvus d'un tuteur qui les représentait en justice.

C'est ce qui résulte d'un acte du mois d'avril 1358, que je me contenterai d'analyser : Clémence Viénot avait à recouvrer sur les biens de son mari décédé une dot de 90 florins de Florence qui lui avait été assignée sur une maison et sur tous les biens meubles présents et à venir. Elle présenta requête à la chancellerie afin d'être payée sur la succession paternelle échue à ses deux enfants. Par mandement de l'année 1356, un sergent avait été délégué pour saisir les biens dont il s'agit et pour assigner le tuteur par-devant le lieutenant de la chancellerie.

La saisie suivit son cours, et le sergent vendit de gages « après huis cris solennelz sur lesdiz moindres, lesdis mobles demorez en la succession dudit Perrenot (défunt), et en l'hostel de sa demorance, » tels qu'ils sont désignés dans l'inventaire.

Les biens furent adjugés à Auxonne, au père de la veuve, au prix de 60 florins [2].

Rien ne s'opposait à ce que le mineur fût pourvu de deux tuteurs : c'est ce qui résulte d'un acte du 18 mars 1381, reçu par le maire de Dijon.

« A touz ceulx qui ces lettres verront, Guy le Gelénier, lieu-

[1] *Protoc. de Rich. Poissenot* (n° 48, B. 11, 264), f° 138.
[2] *Ibid.*

tenant de honorable personne et saige, maistre Jacques de Latrecey, maiour de la ville et commune de Dijon, salut :

« Savoir faisons que l'an de grâce mil trois cens quatre vins, le vendredi avant le dimanche que l'on chante en sainte Église *Oculi mei*, vindrent en leurs propres personnes en jugement à Dijon, par-devant nous : Clere, femme George le Cornetier ; Sebille, femme Jehan de Chanlipte ; Jehannote femme Girard C. ; Perrenote, femme Ph. le Chapuis ; Artaul de Saulx, Huguenot, Estienne Garnier, Marchant, Jehannot d'Argilley, Jehan le Muriet, Richart Blondel et Richart Lambelin, tous parans, amis et affins de Jehan, fils feu Demoingot Lechat, à son temps demorant à Dijon, bouchier, orfelin et moindre d'aage, liquelx nous ont relaté que ledit Jehan Lechat, moindre, n'a encore sens naturel ne acquis pour lui et ses biens et drois garder et gouverner : et nous ont requis que pour ce li voussissions pourveoir d'aucun bon et convenable tutour et curatour ;

« Pourquoy nous, enclinans à leur requeste comme juste, avons d'iceulx pris les seremens en tel cas acostumez de bien et léaulment eslire entre eulx ou ailleurs ung ou plusieurs tuteurs et curateurs, convenables ad ce que dict est ;

« Lesquels, trais à part, eu sur ce entre eulx bon avis et consoil, nous ont raporté, après lours dis avis et serement, que Richart Blendel et George le Cornetier, affins dudit Jehan, moindre, demorans à Dijon, estoient et sont les plus profittaibles et ydoines que ils seussent ou cas des susdis, et pour telx les nous présentoient.

« Pourquoy nous, après l'inquisition en ce accoustumée par nous fete, et après bon consoil, présent ledit moindre, avons interrogé lesdis Richard et George s'ils volent accepter ladite tutelle, lesquelx l'ont acceptée, ont judiciairement en eulx prise la charge, laquelle tutelle, à la prière desdis moindre et ses parans et amis dessus dis, nous leur avons adjugiée et adjugeons par ces présentes, et avons d'iceulx tuteurs et curateurs dessus ordennés receuz les seremens en tel cas ordennés à sains Évangiles de deffandre, guarder et procurer (?) ledit Jehan moindre et ses biens, lesquelx et ses aultres drois ils prendront par inventaire deu, qui se fera par le clerc juré de ladite maierie bien loialment et diligemment, lesquelx et chascun d'eulx nous ont ce promis et juré et pour plus grand seurté de

ce que dit est, loialment rendre, faire et exécuter, ont obligé et obligent lesdis tuteurs et curateurs et chacun d'eulx tous leurs biens quelxconques présens et advenir, et mesmement pour rendre audit moindre, ou ses souffisans et certains députez, bon et loïal compte, raison et relica de ses biens quelxconques, selon l'inventaire et prisiée d'iceulx, et touz autres drois introduz en la faveur des moindres, toutevoies non dérogeans au lieu de Dijon, dont sont les dessus moindre et tuteurs, et obligent par ces lettres, toutefois que mestiers et raison sera; si nous ont requis lesdis moindres et tuteurs, etc. [1]. »

On voit, par un acte postérieur du 18 mars, que le mineur dont il vient d'être question avait encore sa mère, dont il n'est nullement question dans le procès-verbal de nomination des tuteurs. Mais elle s'était remariée, et les tuteurs se réservaient de traiter avec elle et son mari, pour l'administration des biens et la garde de la personne du mineur. Ils conviennent que le beau-père conservera tous les meubles provenant de la succession du père, à la condition de payer les dettes et de remettre aux tuteurs une somme de 50 francs d'or ; qu'il jouira pendant six ans d'une maison appartenant au pupille ; qu'il le nourrira et l'entretiendra aux écoles à ses frais, pendant le même espace de temps.

Les membres de la famille avaient ainsi la faculté de pourvoir de la manière la plus convenable aux intérêts du mineur, sans être assujettis à des règles inflexibles. C'est pourquoi les traités conclus à cet effet présentent une grande variété de clauses. Nous voyons, dans plusieurs des actes précédemment cités, que les fonctions de tuteur et celles de curateur sont confondues et que l'une ou l'autre dénomination est indifféremment employée [2].

Elles ne furent distinguées que plus tard, et l'usage s'introduisit en effet de donner un curateur au mineur qui avait atteint l'âge de la puberté (quatorze ans pour les garçons, douze ans pour les filles) ; ce curateur succédait ainsi au tuteur et con-

[1] La fin de l'acte constate l'apposition du sceau de la mairie. *Protoc. de Guill. Girard* (n° 72, B. 11, 285), f° 66.

[2] « Tuteur et curateur n'est qu'un, » suivant Loisel (*Inst. coutumières*, liv. I, tit. IV, R. 5).

servait ses fonctions jusqu'à la majorité du pupille. Cette distinction résulte notamment de trois actes cités par Bouhier, des 29 novembre 1531, 3 septembre 1560, et du 5 octobre 1574. Le second de ces actes suppose de plus que la majorité était fixée à vingt et un ans [1], tandis que dans la suite elle ne fut plus acquise qu'à vingt-cinq ans.

A la même époque, c'est-à-dire vers le milieu du seizième siècle, il arriva que l'on adjoignit habituellement un curateur au tuteur, et cette règle devint si générale que, « quoiqu'après la mort de la mère, le père ait, tant par le droit que par notre coutume, l'administration et même la jouissance des biens de leurs enfants communs, on ne laisse pas de leur décerner aussi un curateur de même que dans les tutelles ordinaires : ce que nous avons pris des pays coutumiers de notre voisinage, où l'on a subrogé le curateur en la place des cautions qu'on exigeoit des tuteurs par le droit romain... »

Le savant Bouhier ajoute : « Que le curateur ne soit responsable, en notre Bourgogne, de la mauvaise administration du tuteur, c'est de quoi on n'a jamais douté à l'égard du tuteur choisi par les parents ; on en a seulement fait difficulté à l'égard du tuteur testamentaire et du père tuteur.... [2] »

Le curateur était ainsi devenu une sorte de subrogé-tuteur : ne pourrait-on pas reconnaître le germe de cette distinction dans un acte du quatorzième siècle, où l'on voit une mère, tutrice de ses enfants mineurs, rendre compte à un curateur, expressément nommé, du mobilier échu à ses pupilles dans la succession paternelle ?

« Jehannote, fille de feu Estienne le Gruhet, de Talant, et femme de feu Cunrart Chevalier de Talant, tutrice et légitime administratresse de ses enfants cy-après nommez, cognoit et confesse devoir et estre tenue à Micheloz Chevalier dudit leu, curateur donney et décerney ez biens de Jehannote et Bonotte, enfants d'icelli Jehannote, du corps de feu ledit Cunrart, moin-

[1] « Deux des fils de Bouton de Chamilly avaient quatorze ans ; le juge décida que leur mère, qu'il chargea de la garde ou baillisserie de ses enfants, la conserverait pendant sept ans ; ce qui signifie évidemment que les mineurs auraient à vingt et un ans la libre administration de leurs personnes et de leurs biens. » Voir Bouhier, t. I, p. 468, 469.

[2] *Ibid.*, p. 475, 476.

dres d'aage, la somme de vint et quatre frans d'or, à cause de la prisiée, taxacion et estimacion des biens mobles, utis et garnison d'ostel tant solement appartenans esdis enfans à cause de lour dit père, etc... »

Dans un autre acte, on voit de même que ce curateur est donné aux biens et non à la personne des mineurs : il délivre à la tutrice les propriétés appartenant à ses enfants :

« Lidiz Micheloz, curateur donney et décerney es bien desdis enfans, baille et délivre à ladite Jehannote, leur mère, et à Odot Chevalier dudit leu de Talant (pour plus de garantie, un tiers, parent paternel, est associé à la gestion de la mère) à tenir et gouverner lesdis enfans, ensamble touz lour héritaiges dès maintenant jusques à six ans advenir... »

Les fruits appartiendront à la tutrice, à la charge d'entretenir les propriétés, de faire tailler les vignes et cultiver les terres[1].

Les qualités de tuteur et de curateur sont pareillement distinguées dans un acte du 21 février 1381 (v. st.), constatant une vente consentie au profit d'un mineur dont la mère était remariée. Celle-ci n'est pas désignée comme tutrice ; son mari est dit avoir le gouvernement de la tutelle des biens du mineur, et en conséquence il délivre la somme représentant le prix de la vente au curateur, qui la paye au vendeur. C'est également le curateur qui stipule au nom du mineur qui achète ; d'où il faudrait peut-être conclure que ce curateur avait le gouvernement de la personne du pupille et était son véritable représentant.

« Guiot dit *de Lierche,* bourgeois de Montbart, et Guillemote sa femme, de l'autorité, etc..., vendent perpétuelment, etc..., à Aymonin V... de Pontailler, clerc, demorant à Dijon, curateur et en nom de curateur de Monin, moindre d'aaige, fille de feu Guillemin d'Echenon, drappier, demorant à Dijon, du corps de Mengart, jaidis femme dudit Guillemin et à présent femme de Henry de Morrey, drappier et bourgeois de Dijon, présent, stipulant et acceptant pour et au proffit dudit moindre et par le consentement des parans et amis dudit moindre et auctorité et décret du maiour de Dijon pour ce donné par ses lettres, etc...,

[1] Actes du 1er mai 1381. *Protoc. de G.-J. de Fontaine* (nº 76).

les choses et héritaiges qui s'ensuivent..., etc. (Suit la désignation d'une maison et de plusieurs immeubles.)

« Et cestui vendaige font lesdix mariés, etc..., pour le prix et somme de huit cens deniers d'our, frans, du coing, etc., à eulx bailliez, paiez et délivrez pour ceste cause par ledit curatour, en nom que dessus par la main dudit Henry, aiant le gouvernement et exercice de la tutelle des biens dudit moindre, réalment et de fait, en la présence du coadjuteur et tesmoins cy-dessous escrips, etc... [1]. »

Dans la plupart des actes précédemment cités, nous avons vu que la gestion du tuteur est entourée de plusieurs garanties dans l'intérêt du mineur; la plus générale consiste dans l'obligation de faire inventaire. Nous avons constaté à l'égard du père, dans l'acte de l'année 1377, ci dessus transcrit, qu'il oblige tous ses biens à la restitution des sommes provenant de la vente du mobilier. S'il s'agit de la mère, surtout lorsqu'elle est remariée, tantôt elle s'oblige conjointement avec son second mari à restituer le prix du mobilier vendu, tantôt les valeurs mobilières sont confiées à un tiers, curateur ou parent de l'autre ligne, et la tutrice ne conserve que la garde des enfants et l'administration des immeubles. Lorsque le tuteur est un étranger, tous ses biens sont pareillement obligés pour garantir sa gestion, et l'officier qui l'a nommé sur la désignation du conseil de famille reçoit son serment.

Enfin, dans un acte du 16 janvier 1370 (v. st.), nous rencontrons pour la première fois des cautions fournies par une mère tutrice qui conserve en nature le mobilier appartenant à ses enfants.

Cette obligation était imposée par la coutume et par l'usage à tous les tuteurs (art. 53 et 55), et Chasseneuz avoue que, pour avoir osé soutenir le contraire, il fut sifflé « comme ayant proposé une chose qui étoit contre la pratique constante du palais [2]. »

« Le XVI[e] jour du mois dessus dit, Mabille, femme de feu Estienne Paignot, Al. Petit Maistre, comme tuteresse de Jehan-

[1] *Protoc. de Dubois de Saulxurette* (n° 63 *bis*, B. 11, 309), f° 18. L'acquisition dont il s'agit a lieu avec l'autorisation de la famille du mineur et celle de la justice.

[2] Boubier, t. I, p. 475.

note, Oudot et Villemot, moindres d'aaige, ses enfans, à ly demorez du corps dudit feu Estienne, liquelle confesse qu'elle avoit rière soy les biens mobles demorez du déceps de feu ledit Estienne, et liquelx sunt inventoriez pour le clerc de la court de la chancellerie bien et suffisammant, lesquelx biens ont estey bailliés es exécuteurs dudit feu Estienne et à elle ; liquelx ladicte Mabille promet, etc., bien et léaulment gouverner à meulx et plus proffittaublement que elle pourray, et randre bon et léaul compte toutes et quantes fois que en sera competamment et suffisamment requise, à ceulx à qui il appartiendra.

« Ploiges pour elles et à sa requeste des chouses dessus dites : Huoz de Saconnay, Andrez Bertaulx, et Lambellot de Drée, tuit demorant à Dijon, costeliers, liquelx san sont estaubliz caution pour ly, etc. [1]. »

Nous pouvons induire du silence des autres actes sur ce point que, dès cette époque reculée, les parents qui avaient nommé le tuteur ou traité avec lui, en lui confiant les biens du pupille, étaient responsables de son insolvabilité, à moins qu'un curateur spécialement désigné n'eût concentré sur lui seul cette responsabilité.

Telle était autrefois, suivant Bouhier, l'usage suivi par la jurisprudence, non-seulement en Bourgogne, mais encore dans les autres parlements. Toutefois on limitait généralement leur responsabilité à la garantie de la solvabilité du tuteur au curateur, au jour de sa nomination [2].

Nous avons cité un acte par lequel le tuteur, suivant les obligations qu'il a contractées, place en apprentissage le pupille confié à ses soins. L'acte suivant est des plus complets : le tuteur remet à un tiers la garde des mineurs en même temps que l'administration de leurs biens ; or comme, parmi les enfants, se trouve une fille, son gardien s'engage à ne pas la séduire et à ne pas s'occuper de la marier.

« Johannes Arnoleti de Flureio, Div. commorans, curator et curatorio nomine Johannis et Philippe, Guioti et Ælidis, pupillorum, liberorum defuncti Perrenoti, de Joncherico, Div.

[1] Janvier 1370 (v. st.). *Protoc. de Th. Espeyer* (n° 56, B. 11, 276), f° 76, v°.
[2] *Ibid.*, p. 474 et suiv.

commorantis, tradit per tres annos à data presentium, Guillemo, maiori de Maalain, hereditagia infrà scripta dictis pupillis pertinentia...

« Idem retentor dictos pupillos per dictum tempus tenere et habere secum debet et eos mutrire bene et sufficienter juxtà statum illorum de omnibus ad victum, vestitum et calciamentum sibi necessariis, sumptibus suis, et dictum Johannem... tenere per dictum tempus ad scolas, et eum introduci facere in litteris, et dictam Philippam, ejus sororem, introduci facere in arte couturarie; et hiis mediantibus, dictus retentor promittit quod, dicto tempore durante, ipse dictam Philippam non subducet nec introducet ad sibi dandum maritum quomodo libet, nec id procurabit nisi per consensum dicti curatoris[1]... »

Il devait en être ainsi spécialement dans le cas où l'intérêt des enfants, dont la mère avait contracté un second mariage, conseillait de les confier à un tiers : nous en trouvons un exemple dans un acte du 17 janvier 1353 (v. st.), où l'on voit un oncle accepter la garde de ses neveux. Ce dernier prend le titre de tuteur et donne décharge à sa sœur et à son beau-frère de toutes leurs obligations.

« Je, Garniers de Bese, demorant à Dijon, tuteur, et en nom de tuteur des moindres cidessoubs nommez, fait savoir à touz que, comme Aalips, ma suer, jaidiz famme de feu Jehan Baudis d'Auxonne hait ehue la tutelle, administracion et gouvernement de Huguenot et Jehan, ses enfens, moindres d'aaige, a li demorez dou corps dudit feu Jehan son mari, et depuis elle se soit mariée en Girart dit *Carnot de Montsaujon*, lesquels Girart et Aalips dessus dis hont transpourtey et cédey à moy ledit Garnier tout le droit, action, fait et raison de ladicte tutele, et iceli transport je ha acceptey en prenent en moy le fait et la charge de ladicte tutèle. Je, en nom que dessus, ladicte Aalips ma suer et ledit Girart son mary quitte et délivre de tout le fait et de tout ce en quoy elle pourrait estre tenue envers lesdis

[1] Acte du 28 avril 1372. *Protoc. de A.-Et. de Faanay* (n° 54). Les localités dénommées dans ce texte sont : Jonchery, canton et arrondissement de Chaumont (Haute-Marne); Malain, canton de Sombernon (arrondissement de Dijon), et Fleurey, canton de Dijon.

moindres à cause dou gouvernement et de l'administracion de la tutèle dessus dite, et en son nom que dessus les en promet garder de perde, et en oblige les biens desdis moindres en tant com je le puis faire, sauf et reservey esdis moindres tout le droit qu'il puent avoir es joiaulx de lour dite mère ;

« Et aussi ladite Aalis quitte ledit tuteur de ce en quoy lesdis moindres pourreient estre tenuz à li.

« Tesmoins, etc. [1]. »

Toutefois, il semble que, dans d'autres cas, le second tuteur demeurait responsable de sa gestion envers le premier, lequel restait, de son côté, garant vis-à-vis des mineurs. C'est du moins ce qui résulte d'un acte du 17 mai 1354, où du reste la personne à qui le mineur est confié ne prend pas la qualité de tuteur.

« Perinus de Ycio, apud Fontanas commorans, tutor et nomine tutorio Johannis Pereneti et Marie, liberorum quondam Jacobi le Moriset, de Fontanis, ex corpore Osanette, filie quondam Aubrieti le Chauchie, de Fontanis, annis minorum, asserit quod cum ipse tradidit, nomine tutorio quo suprà, predictum Perenetum minorem Villemeto Gaudelet, de Fontanis, ad certos annos, cum regimine bonorum ipsius minoris, ad finem quod ipse Villemetus regeret ipsum minorem et bona sua per dictos annos ; ipse Perinus, nomine quo suprà, confitetur se recepisse et habuisse à dicto Villemeto bonum computum, rationem et satisfactionem integram et perfectam de et super regimine et gubernatione dicti minoris et bonorum suorum. Quare quittat idem Perinus, nomine quo suprà, dictum Villemetum pro se et suis, super premissis et omnibus aliis que sibi petere posset ratione premissorum in futurum, et promittit à contrà non venire, etc. Per quamcumque curiam. — Die sabbati post Cantate [2]. »

Ces recueils d'actes sont d'autant plus intéressants à consulter, qu'ils remontent à une date plus ancienne : les usages n'étaient rien moins que fixés, et l'on y rencontre les formules et les dispositions les plus inattendues. D'un côté, nous voyons un père se dépouiller purement et simplement du bail ou de la

[1] *Protoc. du notaire Jean Curtiler* (nº 22, B. 11, 228), fº 136, vº.

[2] *Protoc. de D. Cultiler* (nº 18), fº 91. Fontaines, canton et arrondissement de Dijon. Il est à remarquer qu'un seul des deux mineurs avait été confié à un tiers ; la fille était restée à la garde du tuteur.

tutelle de ses enfants, comme il renoncerait à un droit ordinaire :

« Johannes de Torcennayo, domicellus, asserit quod ipse se « devestit de tutelâ, curâ et advoheriâ Regnaudi et Ysabellis, « liberorum suorum, quos ipse habuit ex corpore Marguerite de « Blangeyo, quondam uxoris sue, dictamque tutelam, curam « seu advoeriam ipsorum liberorum suorum eximit et dimittit in « manu officialis Lingonensis, protestans quod per ea que dein- « ceps faciet, ipsis liberis suis nullum possit aut debeat prejudi- « cium generari..., etc.[1]. »

Ailleurs, c'est un jeune homme qui, le dimanche 7 mars 1422 (v. st.), se transporte devant la chapelle du château de Mirebeau et s'adresse en ces termes à son oncle :

« Oncle, vous vous estes porté mon tuteur et curateur, et pour ce, de mes besognes plus ne vous entremettés, quar je suis assez aigié pour moy gouverner et renunce à vostre curatelle et tutelle[2]. »

Le procédé était assurément peu respectueux, et il existait vraisemblablement alors une autre procédure pour réclamer un compte de tutelle et faire constater sa majorité.

On a vu, dans quelques-uns des actes qui précèdent, en quoi consistaient les droits et les obligations du tuteur ou curateur; il avait, en principe, tous les pouvoirs d'un administrateur. C'est dire assez qu'il n'avait pas la faculté d'aliéner les biens de son pupille. Il paraît constant, d'après le texte des anciennes coutumes de Bourgogne, qu'aucune action immobilière ne pouvait être dirigée contre un mineur ni contre son tuteur, mais que les actions de cette nature pouvaient être intentées en son nom comme demandeur :

« Lesdis moindres, dit l'article XV, ne répondent pas de héritaiges... »

Mais le tuteur avait tout pouvoir pour plaider en matière de meubles[3]. Néanmoins, si l'aliénation d'un immeuble était

[1] Acte de l'année 1325. *Protoc. de J. le Curtiler.*

[2] *Protoc. de Champluci* (nº 149).

[3] *Anciennes coutumes, etc.*, tit. III, art. 14, 16; dans Bouhier, t. I, p. 138. Une exception, qui paraît toutefois résulter de l'article 17, n'a sans doute été admise qu'à raison de la négligence du tuteur, qui aurait laissé poursuivre la procédure jusqu'au moment du jugement.

utile au mineur, elle était, dans ce cas, autorisée par la justice. La nécessité de payer les dettes dues par la succession du père, de libérer une propriété engagée, devait être un des motifs le plus fréquemment allégués. Une autorisation de cette nature fut donnée au nom du maire de Dijon, au mois de novembre 1364; il suffira d'en rapporter les principales dispositions :

« A touz ceulx qui verront et orront ces présentes lettres, nous, Guill. Goolins, commis quant à ce par honorable et saige sires Hugue Aubriot, baillis de Dijon et gardiens de la maerie de Dijon, pour Mons. le duc de Bourgogne, faisons savoir que Aubriz li Fourniers, demorant à Dijon, est venuz en jugement à Dijon pardevant nous en disant que, comme il se soit entremis ou temps passey de garder, administrer et gouverner Jehan, Jehannote et Henriote, moindres d'aage, enfans furent Girard Andruet, ensemble lour biens; et ycils Aubriz soit obligiez et endebtez de plusieurs sommes d'argent en nom et pour lesdis moindres envers plusieurs et certains créditeurs, esquelz il ne puest satisffaire ne auxi administrer à yceulx moindres lour vivres nécessaires, se n'est que aucune partie de l'éritaige desdis moindres soit vendue et alliénée... Mesmement que la maison desdis moindres doibt certaine somme d'argent de conse annuelle et perpétuelle à certain créditeur, liquelx vuest recourre à ladite maison pour deffaut de paiement de ladite cense...

« Sur lesquelx chouses dessusdites lidiz Aubriz nous a requis que nous recehuissions informacion, afin que ladite maison fuist vendue...

« Pourquoy nous audit Aubriz avons donney licence de vendre ladite maison perpétuelment au meux et plus léaulment que pourra, etc...[1]. »

Dans un autre acte, du 29 septembre 1351, un tuteur ayant demandé au doyen de la chrétienté de Dijon l'autorisation de vendre une pièce de pré appartenant à ses pupilles, afin d'exercer pour le compte de ces derniers un droit de rachat avantageux, procède à cette vente, à laquelle ce juge d'église met son attache :

« Perellus Mignoz, de Malliens, tutor et tutorio nomine Jo-
« hannis et Perini, annis minorum, liberorum deffuncti Hug.

[1] *Protoc. de J. Curtiler* (n° 33).

« Violier, loci, et Aalipdis, quondam uxoris suc, vendit perpetuo « magistro Joh. Roserii de Dyv., jurisperito, peciam prati con- « tinentem circa duas sexturas fin. de Fauverneyo en Lam- « pone, etc..., pro XIX florenis auri de Florenciâ sibi solutis, « et fit hec vendicio pro reempcione faciendâ nomine dictorum « minorum et ..... domorum et sex jornalium terre arabilis, « sitorum tam de Rovrâ quam de Fauverneyo, que hereditagia « Johannes dictus li baillex de Fauverneyo, frater minorum, « vendiderat pro XVIII florenis Alardeto Vanneul de Fauver- « neyo, promitt. garantire pro onere, salvo quod unam sextu- « ram dicti prati Johannes Ferarde de Fauverneyo debet tenere « per quatuor annos continuo secuturos;

« Que omnia facta sunt in judicio ante dominum decanum « locum tenentem ..., ad requestam dictorum venditoris et « emptoris; accepit informacionem super predicta per dictum « tutorem, Perinum Vanneul, et per Colardum Vanneul de Fau- « verneyo, qui per juramenta sua dixerunt premissa esse vera : « quare predictus locum tenens in premissis apposuit auctori- « tatem et decretum, etc.

« Joh. Tardi de Fauverneyo et Vienetus li Destroiz loci[1]. »

Lorsqu'il s'agissait de toucher pour le mineur des valeurs considérables, le tuteur se faisait autoriser par justice à les recevoir, et le magistrat déterminait l'emploi qui devait être fait des sommes ainsi touchées. C'est ce qui résulte d'un acte du 17 avril 1358 (v. st.), par lequel un père, légitime administrateur de la personne de son fils mineur, s'oblige à acquérir au profit de son pupille des biens immeubles pour une somme de 200 florins qu'il reçoit d'un oncle de ce dernier. Faute d'avoir fait emploi de cette somme, le père déclare que son fils les prélèvera dans sa succession, avant tout partage. Cet engagement est pris envers le lieutenant de la chancellerie.

« Jaquoz, filz çai en arriers Gauthiot le Taiclet de Gray, en nom de Regnaul son fil, moindre d'aaige, procréé du corps de feu Aliote, fille jaidis de feu Girart Aliote de Monsaugeon, jaidis femme dudit Jaquoz, et comme légitime administrateur dudit moindre d'aaige, a receu en jugement pardevant nous, Hugue

[1] *Protoc. de J. Curtiler* (nº 22, B. 11, 228), fº 79. Marliens, Rouvre et Fauverney, communes du canton de Genlis, arrondissement de Dijon.

Poissenot, lieutenant de Mons. Robert de Lugny, chancelier de Bourg., et en la présence de Guill. Gigonier, coadjuteur du tabellion de Dijon, et des tesmoins ci-dessus escrips, de Jehan de Saulx, oncle dudit moindre, la somme de cc flor. de Fl. de bon poix, en bons florins comptez... »

(Suit la désignation d'une pièce de terre donnée en outre en payement d'une somme de 80 florins.)

« ..... Lesquelles sommes, qui montent en tout CCLXXX flor., lidiz Jehans tenoit et avoit en garde et en dépôt pour et au proffit dudit moindre, des biens à li escheus et advenuz par le décès de feu Guillaume, etc...

« ..... Et avec ce promet lidis Jaquoz à nous, stipulant en nom et profit dudit moindre, acquérir héritaiges en lieu franc, selon l'ordonnance dudit Jehan ou de ses hoirs, et se à sa vie il ne le fait, il veult et consent que lidiz moindres, après le décès de li, prenne avant lesdis cc florins, avec ladite pièce de terre, en partant avec ses cohoirs, ou à bailler yceulx cc florins audit moindre quant il sera aaigiez, à sa requeste..., etc.[1]. »

On voit d'ailleurs, par ce qui précède, que la somme dont il s'agit avait été confiée en dépôt à l'oncle du mineur, et que ce dernier est autorisé à en surveiller l'emploi.

Le tuteur ou curateur avait, suivant toute apparence, le droit de transiger, au nom du pupille, spécialement dans le cas où il s'agissait de traiter sur un droit non liquide, et dont la valeur serait indéterminée, telle que la réparation civile due pour un crime ou un délit.

On lit dans un acte du mois de novembre 1404, que Hanelois de Saint-Omer, gaînier à Dijon, avait obtenu du duc de Bourgogne des lettres de grâce à l'occasion du meurtre de Perrenot Loichot de Beaune. Le curateur des enfants de ce dernier transigea avec le meurtrier, moyennant une somme de 40 francs d'or, dont 10 furent payés comptant[2].

Le droit de passer un compromis est consacré par le texte suivant, où il s'agit, il est vrai, de la liquidation d'une succession intéressant le pupille ; dans ce cas, le tuteur aurait pu plai-

[1] *Protoc. de Guill. Gigomer* (nº 28, B. 11, 255), fº 28.
[2] *Protoc. de P. Alixant* (nº 112).

der au moins comme demandeur. Et d'ailleurs il y avait urgence à ce que des droits de cette nature fussent réglés.

« Sur touz les débaz, querelles, questions et controverses meus ou esperez à movoir entre Gillot de Champaigney, demeurant à Talent, tuteur et en nom de tuteur de Huguenin Cuer de Roy, moindre d'aaige, filz de feu Jehan Cuer de Roy, de Dijon, d'une part, et Jehan Cuer de Roy, frère paternel dudit Huguenin, d'autre part, tant à cause de partaiges de maisons, héritaiges et autrement; lesdites parties, volens venir à bon accort, font compromis en amiable composition en Jehan le Vertueux et Jehan Baudot de Dijon, comme en arbitres arbitratours et amiables compositeurs..., etc...[1]. »

Enfin, lorsque les parties voulaient éviter soit les frais, soit les délais qu'aurait occasionnés l'intervention de la justice dans l'intérêt du mineur, les parties passaient outre, et les représentants ou les parents du pupille se portaient forts pour lui. Il suffira de citer les premières lignes de deux actes de vente consentis par des individus maîtres de leurs droits, tant en leur nom qu'au nom de leurs frères mineurs dont ils garantissent la ratification :

« Richardus et Villelmus, liberi quondam Humberti Martini,
« de Mailleyo castro, suis nominibus et nominibus Johannis,
« eorum fratris et minoris ætatis, pro quo se fortes faciunt, etc.,
« vendunt quilibet in solidum perpetuo, nobili viro domino
« Johanno de Mailleyo, militi, et suis..., etc.[2]. »

« Jehannote, femme de feu Estienne Baudot, d'Auxonne, *suo nomine*, et Estienne et Jehan, enfans de feu Girardot Boyvin, autrement Pitol, d'Auxonne, lidis Estienne et Jehan en leurs noms et ès noms de Jehan et Bertholomey, leurs frères absens et moindres d'aaige, pour lesquelx quant ad ce il se font fors et prennent en main, etc..., vendent chascun pour sa part, etc.[3]. »

Lorsque le pupille avait atteint l'âge légal et devenait maître de ses droits, il donnait à son tuteur la décharge définitive, qui le libérait de toutes les obligations résultant de sa gestion.

[1] Février 1385 (v. st.). *Protoc. de G. Girard* (n° 78), f° 206.
[2] Actes des 6 et 7 mai 1366. *Protoc. de R. Poissenot* (n° 48, B. 11, 260).
[3] *Ibid.*

L'acte suivant, en date du 11 mai 1378, est des plus complets sur ce point :

« Richardus, filius quondam Hug. Jarrot, de Divione, in « ætate legitimâ ut asserit et perfectâ, in suâ potestate et extrâ « tutelam cujuscumque existens ut asserit, quittat perpetuo « dominum Dominicum Ponceti, de Dyv., presbiterum, curatum « de Flureyo, avunculum suum, et ejus heredes in futurum, de « regimine et gubernamento et administratione per eumdem « Dom. Ponceti, hactenus de eodem Richardo et ejus bonis « omnibus habitis, ac de omnibus et singulis exitibus, fructibus, « commodis et emolumentis dictorum bonorum suorum ab ipso « presbitero perceptis et receptis, nec non de omnibus et sin- « gulis aliis rebus, debitis, querelis, controversiis, actionibus, « exactionibus, petitionibus et obligationibus quibuscumque, « in quibus dictus presbiter eidem Richardo unquam teneri « potuit seu etiam obligari à toto tempore retroacto usque nunc, « tam ratione dicti regiminis et administrationis quam aliter; « super quibus idem Richardus confitetur se habuisse et rece- « pisse ab ipso presbitero bonum et legitimum compotum ac « solutionem et satisfactionem integram, faciendo pactum de « ulterius non petendo, etc., promitt., etc., obligat., etc., « renunc., etc.[1]. »

Je n'ai pas trouvé dans les répertoires d'allusions à des abus qui auraient été commis par des tuteurs ou curateurs au préjudice des mineurs; toutefois il me semble difficile de ne pas considérer comme suspect et entaché de captation un acte par lequel un enfant de quinze ans fait une donation considérable à son oncle, en rémunération des bienfaits qu'il en a reçus, notamment pour son *nourrissement*[2].

« Therriot, qui fu filz Moingeart le Poissenère, de Dijon, en l'aaige de quinze ans passés, si comme il afferme par son sairement, non décehus et non contrains en aucune manière, etc...

« Confesse que, pour pluseurs agréaubles services... que à li ay faiz Guillaume le Poissenère de Dijon, ses oncles, tant pour le nurrissement que lidiz Guillaume ly ay administrés en temps

[1] *Protoc. de Guy Jean de Fontaine* (n° 71).

[2] Ce mot signifie que l'enfant a été élevé chez son oncle, très-probablement en qualité de pupille.

passey et encor li administreray en temps advenir, et le mectray à l'escole, en rémunération des chouses dessusdites, lidiz Therioz dès maintenant cède et transporte en la personne dudit Guillaume ung debt de IIIIˣˣ florins esquelx Jehan Daube, tixerant, demorant à Dijon, est tenus audit Therriot..., etc. [1]. »

Il est difficile d'admettre que, même après avoir atteint la majorité légale, un enfant de douze à quinze ans pût disposer, en toute liberté et sans contrôle, de ses biens. Aussi voyons-nous, dans un acte du 8 mai 1395, un garçon de quinze ans traiter avec l'assistance de son père de la cession de sa part dans une succession litigieuse qui lui était échue.

La première partie de ce traité est ainsi conçue :

« En nom de N.-S., amen, l'an de l'incarnacion d'icellui mil trois cens quatre vins et quinze, le huictiesme jour du mois de may, je, Andrieu, fils de Valon Constant de Faanay, etc..., affirmant par mon serment au notaire publique et coadjuteur dessoubs escript avoir et estre en aaige de quinze ans et plus, et néentmoins, aient licence et auctorité à moy donnée pour faire et dire le vendaige et les convenances qui cy-après s'ensuivent, dudit Valon mon père ad ce présens, etc... »

L'acte se termine en ces termes :

« Et je, Valon Constant dessus escript, père dudit vendeur, présens et consentans au vendaige et cession et aux autres choses dessus dites, si comme par luy cy-dessus ont esté faites et dites, sur icelles et pour icelles par lui ainsi estre et avoir esté faites et dites, je à icellui mon filz ay donné et octroié, donne et octroye par ces présentes pouvoir, licence et auctorité, ensemble mon assentiment. Et néentmoins, je afferme par mon serment au notaire publique et coadjuteur cy-dessoubs nommé ledit Andrié mon filz estre aaigié souffisamment de quinze ans et de plus... [2]. »

[1] Acte du 29 août 1374, extrait du protocole d'Aub. de Sacquenay (nº 61).

[2] Il m'a paru intéressant de transcrire en outre l'une des clauses de cet acte, par lequel le jeune vendeur se met au service de l'acheteur pendant trois ans aux conditions suivantes :

« ... Et est traictié et accordé entre moy et ledit Andrié, acheteur, que, parmi et moyennant ce présent vendaige, avec le pris d'icellui dessusdit, icellui acheteur me doit et a promis tenir es escoles à ses despens en son

Dans un autre acte du mois de novembre 1375, on voit une veuve donner à sa fille, âgée de quatorze ans, l'autorisation de s'engager pour huit ans au service de deux époux :

« Perrenote la Rabiote, de Jussey-sur-Ouche, jadis femme de Monin le Rabiot, dudit lieu, et Jacquette, leur fille, d'une part ; et Monin le Courbe, parcheminier, et Jehannete, sa femme, demorans à Dijon, font convenances de service ensemble en la manière qui s'ensuit, c'est assavoir que ladite Perrenote loue et commande ladite J. sa fille, estant en son gouvernement, combien que elle soit en aaige suffisant de XIIII ans passez, si comme elles afferment par lours sermens, et aussi ladite Jehannette, aaigiée comme dit est, de l'auctorité et licence de sadite mère, en quel gouvernement elle est, etc... [1]. »

VI. — AVOUERIE, TUTELLE DES INCAPABLES.

Les mots *advouerie*, *mainbournie* étaient à cette époque synonymes de garde et protection, et comportaient en général la vie en commun, avec jouissance, au profit du mainbour, des biens de la personne confiée à ses soins. Aussi ces termes étaient-ils employés pour exprimer l'assistance due par les enfants à leurs parents devenus infirmes ou que le besoin mettait dans la nécessité de leur demander des secours. Dans ces divers cas, un traité était passé entre le père ou la mère et ses enfants : ceux-ci prenaient l'engagement de recueillir dans leur domicile et d'entretenir pendant le reste de ses jours l'ascendant qui s'adressait à leur affection. Celui-ci leur faisait l'abandon du reste de ses biens, avec ou sans réserves.

hostel, par trois ans, et à moy administrer pour le temps et terme d'iceulx trois ans mon vivre et despens de boiche, vesture et chauceure, et toutes choses ad ce nécessaires, bien et convenablement selon mon estat, et paier les salaires des maistres qui me introduiront, pourveu que, durant ledit temps et terme d'iceulx trois ans, je enseingnerai et introduirai, selon mon petit entendement, menerai et conduirai es escoles de Dijon lis enfans dudit Andrieu, si et touttes fois qu'il li plaira, bien et lealement de tout mon pooir et savoir. Et à icellui Andrieu je servirai et obéirai en temps deu, ledit terme durant, en ce et en toutes autres choses licites et honnestes qu'il me volra commander et ordonner... » *Protoc. de Aleaume de Clenleu* (nº 96, B. 11, 289), fº 36.

[1] *Protoc. de P. de Layer* (nº 66 *bis*, B. 11, 288), fº 1, vº.

Les deux exemples suivants sont des plus simples et ne comportent aucune observation ;

« Lambelin Rouhey d'Estevaulx, demorant à Dijon, se met dès maintenant, sa vie durant, au gouvernement et advouherie de Guiot son filz, custurier demorant à Dijon. .....C'est assavoir que pour ce que lidis son filz li doit administrer toutes ses nécessités de vivre, vesture, chaucehure, etc., et faire le fait de son enterrement, ledit Lambelin baille dès maintenant en perpétuité à son filz touz ses biens présens et advenir, tant mobles comme héritaiges, sans riens en retenir ou réserver à li ne ez siens; et tout ce auxi qu'il fera de ci en avant conserver (?) au profit de sondit fils, etc.

« Et ou cas que lidis filz iroit de vie à trespassement devant sondit père, lidis père emportera pour lors les biens qu'il monstrera avoir avecques sondit filz, et ses héritaiges, en l'estat qu'il seront. Oblige, etc...[1].»

« Gillote, femme de feu Lorent de Des, demor. à Plombère, se met dès maintenant en gouvernement et advouherie de Hugue, son filz du corps dudit Lorent, demorant audit Plombère, sa vie durant. C'est assavoir :

« Que, pour ce que sondit filz li promet administrer toute nécessité de vivre, vesture, chaucehure, etc., paier touz ses debs et faire le fait de son enterrement (c'est la moitié de l'enterrement seulement), elle dès maintenant li baille tout son droit de touz acquest fais par feu sondit mary et elle en temps passey, et autres quelconques; item son droit d'une maison, mes et appartenances d'icelle essise à Plombère, sur la rivière... Item, son droit de deux pièces de vigne, etc., etc. (Suit l'énumération de diverses propriétés.)

« Pourvehu que, ou cas que son filz iroit de vie à trespassement devant elle, que lesdis héritaiges li retournent. Et auxi, s'il alloit de vie à trespassement sans hoirs de son corps, après elle, que il retournent à la droite ligne. Oblige, etc...[2]. »

Dans l'acte suivant, il est en outre expressément convenu que la vie en commun de la mère avec ses enfants et le mélange de

[1] *Protoc. d'Aubertin de Saulxurettes* (n° 91, B. 11, 316), f° 112. Acte du 9 décembre 1392.

[2] Acte du 24 novembre 1392 (*ibid.*, f° 132). Plombières, canton de Dijon.

leur mobilier n'engendrera aucun droit au profit de la mère. Les parties préviennent ainsi les effets qu'eût produits ce que l'on appelait jadis *les sociétés taisibles* entre personnes qui mettaient en commun leur travail et leurs biens. Cette réserve était d'autant plus nécessaire que les parties s'étaient réunies avant de rédiger leurs conventions, et que l'association tacite avait pu produire quelques effets dans le passé.

« Jehannote, femme de feu Jehan Maulechart, de Blaisey, considérans et attendu que, comme elle soit fleble de corps et malateuse, et qu'elle ne puet ovrer ne gaignier don elle pehut convenaublement avoir sa vie ; considéré auxi la très-petite faculté de ses biens, lesquelx ne li puent aidier à suporter à sa nécessité, ainssois se autrement n'estoit pourvehue, la conviendroit mendier, volans pourveoir à sadite vie, considérans auxi les bons et aggréaubles services et bien fais que li ont fais au temps passey et fais de jour en jour Bertos Arbelot de Montoiche, demorant à Des, et Marguerite sa femme, fille d'icelle Jehannote du corps dudit Jehan, et mesmement pour ce que yceulx mariés seront tenus dores en avant administrer à ycelle Jehanne toutes ses nécessitey de vivre, vesture, etc., le plux doucement que il pourront, tant en meladie comme en santey, sa vie durant, en leur hostel avecques eulx ;

« Ycelle Jehanne donne dès maintenant, baille et délivre auxdis mariés tous ses biens mobles présens et advenir ; et demorera avec eulx sadite vie durant, et les promet obéir, etc., faire et procurer lour profit et honour, sens ce que par quelconque demorance que elle face avecques eulx, elle puisse acquérir aucun droit de communion ne autre avecques eulx ne en lour biens.

« Et en oultre ladite Jehanne quitte perpétuelment lesdis mariés et chescun d'eulx de tous actions, droits, querelles, questions qu'elle ha, puet et doit avoir et que à li puent compéter envers et contre lesdis mariés et chascun d'eulx pour quelconque cause que ce soit, et mesmement pour raison de la demourance qu'elle ha fait avecque eulx en temps passé. Lesquelles choses elle vuelt et promet adumplir et non contrevenir, etc...[1]. »

[1] Acte du mois de mai 1393 (*ibid.*, f° 151). Les localités désignées dans l'acte sont : Mantoche, arrondissement de Gray (Haute-Saône), et Daix (canton de Dijon).

Lorsque les parents avaient quelque raison de se défier de l'affection de leurs enfants, ils faisaient des conventions semblables soit avec des parents plus éloignés, soit avec des étrangers.

L'acte suivant, en date du mois de septembre 1366, constate à la fois une donation faite par un père de famille à ses cousins, et les raisons qui le déterminent à en exclure son fils et sa bru, qui l'avaient repoussé et maltraité.

« Villemoz Maulechar, de Dijon, affirme que, considérez la floiletez (faiblesse) de son corps et ce qu'il est mortel, endebtez envers plusieurs de diverses sommes de deniers, dont il est en sentence d'excommuniement, dont il ne se puet oster, por sa pouretey ; pour ce qu'il puisse satisfaire à ses créanciers et retenir de ses biens de quey il puisse vivre, mesmement que ses héritiers sont en descors, et que il soit fuer de sentence et en estat de crestien[1] ;

« Considerey que Guiot son fils et Jehannote sa femme sont de si perverse vie et malvaise voluntey qu'il ne puest demorer avec eulx, pourceque plusieurs fois il l'ont viloiney et encor font et ne le vuillent secourre en ses nécessitez, mais li gastent le suen de jour en jour, et par espécial que lidiz Guiot l'ay batu, feru et fait sanc, pourquoy il ne doit ne puet demorer avec eulx : por lesdites causes qui le muevent à faire ce, mesmement considérey les biens que ses parens et cosins Jehans Poissenoz de Dijon, clers, et Hugote sa femme li ont fait et font de jour en jour, et que lidiz mariez (c'est assavoir ladite Hugote, de l'autoritey de son mary) li ont promis et sont tenuz de li getier de toutes sentences d'excommuniement à lour despans et li acquitter envers ses créanciers quelxconques, et sunt tenuz et ont promis de li administrer par tout le cours de sa vie selon son estat et le lour, et le doivent tenir en lour hostel et li bailler une lour maison assise à Dijon ou grant Bourc delez lour grant maison pour sa demorance, et une chamberière avec li, et pour son vivre et de ladite chamberière, chascun an, tant qu'il demorera fuers d'avec lesdis mariez, il li bailleront III amines de

[1] Ces derniers mots ne se rattachent pas à la précédente incise ; le sens est que le père désire être relevé de la sentence d'excommunication et reprendre sa qualité de chrétien.

froment, II meux de vin blanc et I meu de vin vermoil, bon et suffisans à la mesure de Dijon, et dix frans d'our pour faire ses nécessitey à sa volonté, et pour faire son testament dix frans, et feront et paieront tout le fait de son obit selon son estat et toutes funérailles.

« Pour les causes avant dites, lidiz Villemoz, de certaine science, se met de maintenant ou gouvernement, en la advoherie desdiz mariez, et promet demorer avec eulx ou aultre part, par la manière que dit est, pour tout le cours de sa vie et de tout son pouhoir faire lour proffit, etc.

« En récompensacion des biens qu'il hont fay et ont promis de faire, comme dit est, et en acquit de plusieurs choses enquelles je suiz tenuz esdis mariez, tant en lettres comme deffuers, je donne, cède et transporte esdis mariez perpétuellement généralment touz mes biens, tant mobles comme héritaiges quelque part qu'il soient, desquelx il se desvet pour li et ses hours, en revest, etc., transporte, etc., consent, etc., et vuelt que lidis mariez prennent la possession de lor autoritey, et de maintenant s'en constitue possessour en nom et por lesdiz mariez et par nom de précaire, jusques à tant qu'il en aient la possession, promettent lesdiz héritaiges garder; oblige, etc. Renunçant à la exception de sanz cause, de moindre ou juste cause, et au droit qui dit que, en pactions et conventions de privées personnes un homs ne puet enfraindre sa libertey, à l'exception qui compète à celi..., est decchuz de la mitief; à la loy qui dit, par cause des enfans qui sunt nez aprez donation, l'on peut révoquer icelle; et à toutes autres, etc.[1]. »

Quelquefois, avant de prendre à sa charge son ascendant et de recevoir à titre de donation tous ses biens, l'enfant chez lequel cet ascendant choisissait sa résidence mettait ses frères et sœurs en demeure de le recueillir aux mêmes conditions. Il évitait ainsi qu'on ne critiquât plus tard la donation.

« L'an mil quatre cens et dix huit, le XIII^e^ jour du mois de janvier, environ une heure après midi dudit jour, en la ville de Dijon, devant l'ostel et domicile de Joffroy Pechinot Perrier, estant en ladite ville de Dijon, en la rue des Grant-Champs, ouquel lieu estoient ledit Joffroy, Odote sa femme, fille de feu

[1] *Protoc. de G. Symonet de Blaisy* (n° 47).

Nicolas Pansote de Roiffey, Jehan Pansote, dudit Roiffey, fils de feu Vienot Pansote, jadis fils dudit Nicolas, en la présence de moy, Guienot Girardot, de Maxilley-sur-Saône, clerc, demorant à Dijon, coadjuteur de Philippe Mugnier dit *Jossequin*, tabellion dudit Dijon pour mondit seigneur le duc de Bourgoingne, et des tesmoings cy-après escripts, fut dit aux dessus nommez Jehannote et Jehan, par Nicolas le Brenotet d'Estevaulx, demorant audit Roiffey, et par Ysebellot sa femme, fille dudit Nicolas Pansote, les paroles ou semblables en effet et sustance qui s'ensuivent :

« Joffroy, Odote, et Jehan, nous Nicolas le Bernotet et Yse-
« beol venons par devers vous en vous disant que Nicolas Pan-
« sote de Roiffey, père de vous, Odote, et grant père de vous,
« Jehan Pansote, est au lit malaide, en l'ostel de moy ledis Ni-
« colas le Brenotet, estant audit Roiffey dès le jour de l'Assump-
« tion Nostre Dame darr. passé, et encour est tellement que les
« piez ne povent pourter le corps, et est en très-grant languor, et
« le fault mettre de lit en aultre, et de linceulx en autres à très-
« grant poine ; et ainsi l'avons tenuz et encoires tenons à nos
« missions et despens, laquelle chose nous ne pouvons plus
« faire, comme nous lui avons dit, sinon qui se mecte ou gou-
« vernement et avouherie de nous, en nous cédant et en nous
« transportant tous ses biens, tant meuble comme héritaiges,
« pour en faire nostre bon plaisir ;

« Lequel Nicolas Pansote nous a respondu qui en estoit tout
« prest et encoure est toutes et quantes fois qu'ilz nous plara ;

« Et pour ce que de ce nous ne vuillons aucune chose faire
« sans premier en parler à vous et de vostre consentement, et
« pour ce dites nous présentement se vous en vuillez prandre
« cerge, ou se vous vuillez que nous len prenions par la manière
« que dit est. »

« Lesquelx Odote et Jehan Pansote respondirent, mesmement ladite Odote du consentement et volenté dudit Joffroy son mary, en la présence de moy ledit Guiot, ce qu'il s'ensuit en effet et sustance :

« Nicolas le Brenolet et Ysebeal, nous vous respondons et
« disons que aucunement nous ne vuillons en nous prandre ne
« avoir la charge du gouvernement des corps et biens dudit
« Nicolas Pansote, mais nous consentons et vuillons dès main-

« tenant que vous en prenez et aiez la charge et le gouverne-
« ment, sy vous plait, et qu'il se mette en vostre avouherie et
« gouvernement sy luy plait, en vous transpourtant tous ses
« biens, sans jamais par nous en iceulx biens aucune chose
« demander chaloingier ne reclamer ne venir ou contraire de
« tout son exploit, por noz ou por les aiens cause de nous.
« De et sur lesquelles choses, etc.[1]. »

La convention est ensuite passée entre le père, sa fille et son gendre, par acte du 21 janvier 1418.

« Nicolas Panceote, de Roiffey, demorant audit lieu, fleble et anciens home, et estant ès chartres Monseigneur, dès la my-aoust darrènement passey, et tellement malaide qu'il n'est en sa puissance de povoir gouverner ne garder son corps ne ses biens, et pour ce, confiant des bons sens, léaulté, prudomie et bonne diligence de Nicolas le Brenotet d'Estevaulx, demorant audit Roiffey, et de Ysabellot, sa femme, fille dudit Nicolas, dès maintenant se mest au gouvernement, advouherie et administration d'eulx et d'un chascun d'eulx, lesquelx, depuis ledit temps de la my-aoust l'ont tenu et gouverné jusques à présent, lequel ils tiendront et visiteront, ou feront tenir et visiter avec eulx en leur hostel, en lui administrant vivre de bouche, vesture, chaussure de chausses, de souliers, et de toutes autres choses à lui appartenant selon son estat, faire le fait de son obit, enterrement et funérailles selon sondit estat, quant le cas y adviendra, et paier tous ses debs ;

« Pour ce, dès maintenant lidis Nicolas leur transporte et baille tous ses biens, tant mobles, debtes, héritaiges, comme autres quelconque part qui seront trouvés, situés et nommés, senz riens retenir ou réserver à lui, excepté dix sols pour faire son plaisi quant bon li samblera pour une fois, et iceulx puissient prandre, attoichier, requérir et demander en jugement et dehors où il appartiendra, et en faire ce que bon leur semblera comme de leur propre chose ; et pour la déclaration de ses héritaiges pour la plus grant partie, en déclare ceux qui s'ensuivent, etc...[2]. »

[1] *Protoc. de Girardot de Marcilly* (n° 141, B. 11, 331), f° 155. Les localités désignées sont : Ruffey (canton-est de Dijon) ; Etevaux, canton de Pontailler (même arrondissement).

[2] *Ibid.*, f° 150.

Il pouvait arriver d'ailleurs que le fils qui avait pris ses parents en avouerie résiliât la convention précédemment passée avec ces derniers, soit qu'elle eût été critiquée par un de ses frères, soit par tout autre motif. Une résiliation de cette nature résulte d'un acte du mois d'octobre 1385, par lequel un fils renonce, au profit de son frère, aux avantages qu'il avait reçus de ses père et mère et à l'avouerie dont il avait été investi.

Après avoir rappelé leur précédent traité, les parties déclarent :

« ..... Ainsi est que lesdis mariés d'une part, ledit Jehan, d'autre, et Jehannot leur filz, frère dudit Jehan, d'autre, font entre eulx les convenances, partaiges et choses qui s'ensuiguent : c'est assavoir que lidis Jehan renunce, de la volenté et consentement d'iceulx Thomas et Clémence, en la main dudit Jehannot son frère, présent, stipulant, etc., tout le fait et convenances escriptes es dittes premières lettres de l'avoulherie, parmi ce auxi que les biens d'iceulx père et mère sont et demourent audit Jehannot perpétuelment par la manière que obligié est auxdites lettres, sauf et réservé audit Jehan une pièce de vigne, etc..., item un quartier de terre, etc. Parmy ce que il renunce à touz drois qu'il a et pourra avoir en la succession desdis père et mère et auxi en tous biens communs entre eulx et entre ledit Jehannot son frère et à tous autres biens acquis et à acquérir, etc...[1].»

L'acte suivant constate une convention passée entre une sœur et son beau-frère, auquel elle abandonne tous ses biens et qui la prend en avouerie.

« Anno Dom. M.CCCLVIII°, VIII^a die mensis novembris, ego Mariona, filia quondam Johannis Loysel, de Sancto Sequano, de laude et auctoritate Jehannote, matris mee, et Theobaldi, fratris mei, perpetuo pono me et omnia bona mea in avoheriâ et gubernatione Belini Symoneti, mariti Odete, sororis mee, ita quod ex pacto dictus Belinus tenetur me tenere ad vitam meam et administrare mihi necessaria, secundum statum[2]. »

Cet acte présente ceci de remarquable, que la personne qui se dispose à demeurer avec son beau-frère et sa sœur demande

[1] *Protoc. d'Aub. de Saulxurettes* (n° 82, B. 11, 301), f° 74.

[2] *Protoc. de Guill. Boivin* (n° 23, B. 11, 252). Il existe plusieurs localités du nom de Saint-Seine dans l'arrondissement de Dijon.

l'assentiment non-seulement de sa mère, mais encore de son frère.

Les faits qui résultent du traité suivant sont beaucoup plus complexes et semblent devoir se résumer ainsi : Beline, fille de Philibert de la Perrière, s'était d'abord placée sous l'avouerie d'un nommé Belenot Parisot : celui-ci étant mort, elle avait continué de demeurer avec la veuve et ses enfants, et leur avait fait l'abandon de sa fortune mobilière et immobilière. Depuis lors, elle avait vendu avec leur consentement et pour ses besoins quelques-unes de ses propriétés. En dernier lieu, elle s'était séparée de cette famille pour se placer chez deux de ses parents, mariés; et alors, par un nouvel acte, elle donne décharge, à ceux qu'elle vient de quitter, de l'administration de ses biens pour le passé, et ceux-ci donnent leur adhésion aux nouveaux arrangements pris par Beline avec ses parents.

« Anno Domini M°CCC°LIX°, XIII^a die maii, ego Belina, filia quondam Philiberti de Perreriâ, stans ad presens in avoheriâ et gubernatione dicti (?) Phelebartot et Mariete, ejus uxoris, dicti loci, de laude et auctoritate dictorum conjugum, parentum meorum, notum facio universis quod, cum ego exstiterim per longum tempus in avoheriâ et gubernatione dicti (?) Belenot Pariseti, et post decessum dicti Beleneti, in avoheriâ et gubernatione Johannete, relicte dicti Beleneti, et Guilelmi, filii dictorum Beleneti et Johannete, et quod, per pactiones factas inter me et dictos Johannetam et Guillelmum, ego per totam vitam meam debuerim remanere cum eis, tradendo et pro traditione omnium bonorum meorum mobilium et heretagium (*sic*) quorum que, existentium in villâ et finagio de Perreriâ, prout in litteris sigillo curie domini ducis Burg. super hoc confectis, plenius continetur, de quibus rebus et hereditagiis per voluntatem et necessitatem meam plura sunt et fuerunt alienata perpetuo, de laude predictorum, quitto perpetuo dictos Johannetam et Guillelmum de predictis et de fructibus et proventibus duorum jornalium terræ que tenuerunt dicti Johann. et Guill., tam cum dicto Belino et ad ipsius vitam quam per tempus transactum usque ad diem confectionis presentium litterarum.

« Item dicti Joh. et Guill. dictos Belinam, Philibertot et Mariam supradictos de omnibus rebus, pactionibus inter ipsos

factis et habitis, tam in litteris quam extra litteras à toto tempore retroacto usque ad diem confectionis present. litterar., etc. Presentibus domino Petro Pygores, presbitero, Guill. de Monmorot, armigero, Henr. de Sancto Symphor., et Johanne Broisain, clerico, testibus[1]. »

On rencontre d'ailleurs des exemples de conventions semblables passées entre personnes qui n'ont entre elles aucun lien de parenté; je me contenterai de citer le suivant :

« Nichola, relicta Radulphi, dicti Cuer d'Our, de Fontaines, confitetur quod pro eo quod Jobeletus, filius quondam Hugonis Mauldamey, de Stabulis, apud Font. commorans, et Juhanneta ejus uxor debent et tenentur dictam Nicholam secum tenere et eidem administrare victum oris, vestitum, calciaturam et omnia alia vite sue necessaria secundum statum suum, sana et infirma, per cursum sue vite, bene et fideliter; dicta Nichola vult et concedit quod dicti conjuges teneant et possideant omnia bona sua, tam mobilia quam immobilia, per cursum sue vite, et post decessum dicte N., dicta bona partientur et dividentur inter heredes suos.

« Item est actum quod si dicti conjuges aut alter ipsorum deciderent ante dictam N., ipsa importabit omnia sua bona, tam mobilia quam hereditagia, et etiam VI flor. flor. super bonis dictorum conjugum, ratione duorum modiorum et XII sexteriar. vini, quod vinum dicti conjuges ab ipsa nunc habuerunt et receperunt; promitt., etc.

« Die dominicâ ante Purif. beate Marie[2]. »

L'acte suivant, en date du mois de janvier 1396 (v. st.), a pour objet une véritable démission de biens, et diffère des traités qui précèdent en ce que le donateur ne confie pas sa personne au donataire et conserve un domicile distinct. Il présente plusieurs particularités remarquables et témoigne notamment des malversations auxquelles les mineurs étaient exposés. Le donateur est un oncle qui reconnaît avoir frustré son neveu de la succession de ses ascendants maternels, et qui déclare vouloir réparer le préjudice ainsi causé. Le neveu prend l'engagement

[1] *Protoc. de Guill. Boivin et autres* (n° 23, B. 11, 252), f° 61. La Perrière, canton de Saint-Jean de Losne, arrondissement de Beaune (Côte-d'Or).

[2] Acte du 1er février 1349 (v. st.). *Protoc. de Domin. Curtiler* (n° 19, B. 11, 250), f° 79.

de subvenir à tous les besoins de la maison de ce vieillard, qui paraît avoir conservé une large aisance et se réserve la faculté de disposer par testament de 400 francs d'or.

« Pierre Clerembaut, autrement dit Baudot, de Dijon, d'une part, et Jehan Chapuis, *alias* Baudot, son nepveu, dudit lieu de Dijon, d'autre part, font entre eulx pactions et convenances, estans en bonne santé et prospérité corporelle, de leurs certaines sciences et en la manière qui s'ensuit : c'est assavoir que ledit Pierre, aiens considération et regart ad ce que, après le décès et trespassement de feu Hugue Clerembaut, dit *le Barbier*, et de Clémence, sa femme, ses père et mère que Dieu absoille, il ait eu et receu de leurs successions pluseurs et grans quantitez de biens tant meubles comme héritaiges, lesquels il a tenuz et possidez, vendus, eschangiez et aliénez, et les fruix desdis héritaiges fais siens, sans ce que il en ait baillié ne délivré aucune part ni portion audit Jehan, son nepveu, qui après le trespassement dudit père d'icellui Pierre estoit moindre d'aaige, auquel Jehan appartenoit la moitié desdis biens à cause de la succession de feu Catherine, sa mère, qui fut suer germaine dudit Pierre, fille légitime et naturelle desdis deffunts Hugue et Clémence, de laquelle ledit Jehan est hoir seul et pour le tout, dont ledit Pierre tient sa conscience estre chargié, s'il ne pourveoit de remède récompensable;

« Il, non vueillans de ce sa conscience estre ne demeurer chargiée ne empeschiée, en récompensacion de ce, et auxi pour contemplacion des bons et aggréables services et amistiez à lui faiz par ledit Jehan, son nepveu, et mesmement que pour son grant aaige il ne porroit plus soustenir la poine du gouvernement de ses biens et besongnes, etc., etc. » (Suit la donation.)

« Parmi ce toute voies que ledit Jehan est et sera tenu de baillier et administrer audit Pierre, son oncle, toutes ses nécessitez de son corps et de son estat pour lui et pour ses maignies et serviteurs en l'ostel où il demoure à présent ou ailleurs, là où mies li plaira en la ville de Dijon, selon son estat, tel et en la manière quil l'a acoustumé tenir et avoir; et avec ce, sera ledit Jehan tenu paier et adcomplir son testament, ordonnance ou dernière volenté, tel comme il li plaira faire jusques à la valeur de quatre cens frans d'or, etc...[1]. »

[1] *Protoc. de Aleaume de Clenleu* (n° 96, B. 11, 289), f° 74.

Enfin, on peut rapprocher de ces traités les conventions par lesquelles un particulier abandonne ses biens à une communauté religieuse, et s'engage à son service à certaines conditions pour le reste de ses jours.

« Garnier Droigeux, filz de feu Halot Droigeux, d'Anserville, en la diocèse de Chaalons, en Champaigne, pour la grant affection que il ha à son ordre des frères mineurs, vent et donne lui et tous se biens à Dieu et à saint François et aux frères mineurs de son ordre, gardien et couvent de Dijon présens et advenir, meubles et non meubles quelconques, pour les servir et obéir aux prélas de ladite maison, en toutes choses licites et honnestes, garder leur profit et honneur temporel et espirituel, etc., pour tout le temps de sa vie, parmi ce que lesdis frère gardien et couvent li doivent bailler et administrer en leur dite maison ses despens de bouche et toutes choses ad ce nécessaires, tant en santé comme en maladie durant sadite vie bien et convenablement selon son estat.

« Et pour cause de salaire, lesdis frères li donront chascun an III frans d'or pour ses nécessitez, à paier par moitié à la feste de la Nativité saint Jehan B. et à la feste de Noël, etc... Et avec ce lesdis frères seront tenuz et promettent célébrer chascun an, tant comme il vivra, une messe conventuelle pour le salut de son ame et à sa intencion.

« Et est assavoir qu'il ne sera point tenuz aler avec les frères en leur queste pour porter le vin que on leur donnera en vendange ; et ce tant seulement il excepte de sondit service, etc...[1].»

Un acte analogue du mois de février suivant fut passé par un mari et sa femme au profit de la Chartreuse de Dijon.

La prodigalité d'un enfant, la faiblesse de corps ou d'esprit d'un ascendant pouvaient déterminer les membres de la famille à provoquer des magistrats une décision qui les plaçât sous la curatelle d'un parent, qui demeurait chargé de l'administration de la personne et des biens, en même temps qu'elle les frappait d'incapacité pour l'avenir. C'était une sorte d'interdiction.

L'acte suivant est des plus complets et concerne deux jeunes gens :

[1] Acte du 27 décembre 1393, extrait du *Protoc. du notaire Aleaume de Clenleu* (n° 96, B. 11, 289), f° 16.

« A tous ceux qui verront et orront ces présentes lettres, Guill. de Clugny, chevalier, licenchié en lois, bailli de Dijon, salut :

« Saichent tuit que, l'an de Nostre-Seigneur courant, mil trois cent quatre-vingt et deux, le jour du macredi avant la feste Saint-Laurent, venerent à Dijon en jugement par devant nous, en complaignant pluseurs des parens et amis charnelx de Oudot et Villemot, frères, enfans de feu Thevenin Paingnot, autrement dit le Petit. Maistre coutelier, demorant à Dijon, du corps de Mabille sa femme, naguères trespassée, disans que nonobstant lidis Oudot et Villemot fussent suffisamment aagiez de aaige, toutevoies estoient iceulx frères jusnes de sens et de conditions pour eulx gouverner et leurs biens ; et estoient de tel et si petit gouvernement et prodigalité, que chascun jour ils aliénoient leurs héritaiges et gastoient et décipoient leurs biens, poursuigoient joueurs de dez, tavernes et aultres malvaises compaingnies jour et nuit, et pour lesquelles choses lesdiz frères pourroient cheoir en mendicité ou en aultre deffeiti gouvernement dont il pouvroient perdre tant peu de chevance comme il ont, et leur corps survenir en péril de mendicité et de perdicion, se sur ce n'estoient pourvehu de brief remede, requérant à grand instance à nous comme à juge ordinaire sur ce leur pourveoir et faire juridiscion aux dit frères de leurs dis biens vendre ou aliéner, jusques il soient en sens parfait et naturel et estat suffisant de eulx et leurs dis biens gouverner par la manière que bons et léaul homme de bon gouvernement et licite se doit maintenir et gouverner, et pourveoir de curateur ausdis biens affin qu'il ne soient gastez ou décipez, et faire deffence judicialement en nostre jugement ordinaire à touz que aucuns desdis biens desdis frères ne achutent ou acquièrent par quelque voie que ce soit se n'est de notre science ou d'autre juge à qui il devra appartenir ;

« Pourquoy nous inclinans à leur requeste, comme juste et justement fondée, selon raison et la coustume de Bourgoingne, avons fait aujourdui judicialment venir sur ce par devant nous plusieurs tesmoins dont nous avons prins les serments de vérité dire ; par lesquelx nous avons trouvey iceuls frères estre de tel et si petit gouvernement que, se briefvement n'est pourveu à la garde de leur chevance, briefement ils seront deshé-

ritez et que, (par) malvais gouvernement et poursuites de malvaises et illicites compaignies, ils ont jeà dégasté et décipé sans cause très grant partie de leurs dis biens, etc... »

L'acte constate la comparution des deux frères devant le bailli et leur adhésion, la défense faite par le magistrat à toutes personnes de leur acheter leurs héritages, avec les publications nécessaires. Il se termine par la nomination du curateur ; j'extrais de cette formule les termes les plus essentiels :

«.... Et pour garder et gouverner leurs dis biens et héritaiges, pour ces causes et à la requeste que dessus, et mesmement du consentement desdis frères, nous avons fait, donné et esleu, faisons donnons et es lisons par ces présentes en curateur et gouverneur es dis biens mess. Henry de Villeberny, prestre, demorant à Dijon...

« Et duquel curateur nous avons pris et receu le serment aux sains Évangiles de Dieu de bien et léaulment exécuter ledit fait de ladite cure, garder et maintenir ledit profit et droit desdis frères selon la teneur desdites, etc... [1]. »

La pièce suivante a pour objet la nomination d'un curateur à un vieillard infirme.

« A touz ceulx qui verront et orront ces présentes lettres, mous, Josset de Halle, maieur de la ville et commune de Dijon, salut : Jehan Mercier, fils Villemot Mercier, de Dijon, est venus par devers nous en compleignant et nous a donné à entendre que, comme son dit père, [par] accidant qui lui est survenu, soit un tel estat que du tout il a perdu sa mémoire, s'y est par telle manière que, parmy le petit et cheiif gouvernement qui est en luy, il perdera du tout sa chevance et la chevance de ses enfens, et jà en a perdue la plus grant partie, et est encor en voie de perdre tout le demeurant et gaster, se par nous comme juge ordinaire de la dite ville ny estoit pourveu de remède convenable, c'est assavoir de ordonner et establir aucune personne suffisant et ydoine, pour estre curateur et gouverneur du

[1] Cet acte est rapporté à la suite d'un traité par lequel Villemot Paignot cède à un tiers une rente de 13 francs avec l'assistance de son curateur. Ce traité, en date du 11 février 1384 (v. st.), est passé en présence du lieutenant de la chancellerie et du bailli de Dijon, lesquels constatent, au rapport du curateur, que cette vente était nécessaire et profitable. *Protoc. de Guill. Girard* (n° 78, B. 11, 286), f° 182.

corps et des biens d'icellui Villemot, requerans à nous en suppliant que, comme ledit Villemot soit en tel estat comme dit est, nous vuillessiens pourveoir d'aucune bonne personne suffisante et ydonnée pour estre descerney et déclairé curateur dudit Villemot, pour avoir la cure et gouvernement du corps dudit Villemot et de ses biens, comme dit est, mesmement, comme drois et coustume veuillent que toutes personnes qui ne sauront gouverner lour ne lour biens sont et deyvent estre en la bonne provision et garde de toux bons juges soubs lesquelx il demeurent. Et nous, oye la supplication et requeste dudit Jehan Mercier, nous sommes informés bien et diligemment de l'estat et gouvernement dudit Villemot, avons trouvé par nostre informacion son dit gouvernement estre tel comme dessus est dit, et aussi est chose notoire et commune par ladite ville de Dijon, avons fait appeller par devant nous..., etc. (Suivent les noms de vingt-neuf parents ou amis de la partie intéressée et l'assignation de ces témoins au samedi après l'Assomption.)

«..... Cellui jour auxi du consentement et volontey dudit Jehan Mercier, avons décerney et déclairié, par ces présentes discernons et déclairons, ordonnons et..... maistre Andrier de Rolampont, demeurant à Dijon, comme personne suffisant et ydonée estre curateur dudit Villemot et de ses biens ; avons baillé et délivrez audit M. Andrier, etc..., puissance de nostre office, en tant comme faire le povons, de gouverner ses biens et héritages, etc... et faire tout ce que bons et loiaulx curateurs puet et doit faire parmy salaire compétent et raisonnable ;

« Duquel maistre Andrier nous avons receu le seremant pour ce donney sur sains Évangiles de Dieu, que bien et loiaulment, au mieux que il pourra, le corps et les biens dudit Villemot il gardera et gouvernera, son proffit fera, gouvernera et procurera et son dommaige eschivera, et des biens dudit Villemot qui par bénéfice de inventoire li seront bailliés et délivrez bon et loiaul compte il en rendra là où il appartendra.

« En tesmoin de laquel chose nous avons fait mettre le scel aux causes de la cour de ladite mairie à ces présentes lettres faites et données en jugement le samedi dessus dict, l'an de grâce mil trois cent quatre vingt et trois[1]. »

[1] *Protoc. de Guill. Girard* (n° 78, B. 11, 286), f° 347, v°.

Il importe de remarquer dans cette pièce la mention qui est faite du salaire dû au curateur, et de la coutume générale suivant laquelle les incapables étaient sous la protection des magistrats.

Les femmes veuves spécialement avaient besoin d'être pourvues d'un curateur, lorsqu'elles avaient des intérêts considérables à défendre contre de dangereux adversaires. Quelquefois même ce curateur, quelque considérable que fût sa position, devait recourir à un auxiliaire plus puissant encore et l'intéresser, s'il était nécessaire, au succès d'un litige. C'est ce qui résulte d'un acte du 22 mars 1384 (v. st.), où l'on voit que Henri de Chalon, curateur de Béatrix de Chalon, sa tante, avait réclamé l'intervention de Gui de La Trémouille pour assurer le recouvrement du douaire que celle-ci poursuivait contre le sire de Beaujeu, neveu de son mari prédécédé. Il est probable qu'il fallut recourir à la force pour amener le débiteur à composition. Gui de La Trémouille reçut 3 500 livres à titre d'indemnité, équivalant peut-être à 60 000 francs d'aujourd'hui.

« Noble et puissant seigneur Mons. Henry de Chalon, chevalier, sire d'Arguel et de Cuisel [1], curateur et en nom de curateur de noble et puissante dame. Madame Bietrix de Chalon, dame de Beaujeu, sa tante [2], confesse que, comme jà piéça ladite madame de Biatrix eut à faire pluseurs choses envers Mons. de Beaujeu, hoir de feu Mons. Anthoine de Beaujeu, jadis mari de ladite Mad. Bietrix [3], et à icellui seigneur à présent dudit Beaujeu demandast en douaire, à cause dudit feu M. Anthoine jadis son mari, ensamble plusieurs arréraiges d'icellui douhaires et autres debtes, lesquelles choses elle ne pohoit avoir ne partie d'icelles, pour le reffus dudit seigneur de Beaujeu ; et pour ce et afin que ladite dame Bietrix en eust aucune

[1-2] Il s'agit ici de Henri de Chalon, second fils de Louis et de Marguerite de Vienne, qui mourut sans enfants à la bataille de Nicopolis, le 28 septembre 1396. Sa tante Béatrix était fille de Jean III de Chalon et de Marguerite de Mello.

[3] Antoine de Beaujeu, fils d'Edouard Ier et de Marie du Til, né en 1343, mort sans enfants en 1374. Son héritier, dont il s'agit dans le texte, est sans doute Edouard, seigneur de Perreux, son neveu, fils de Guichard de Beaujeu et de Marguerite de Poitiers.

chose, et aussi pour ce que il failloit mettre grans missions en la porsuite d'icelles choses, eust été requis de la part de ladite dame à Mons. Guy, seigneur de la Trémoille, de Sully et de Craon [1], qu'il voloit poursuigre lesdites choses encontre ledit seigneur de Beaujeu et y mettre poine et diligence, afin que ladite dame puest avoir ses diz douhaire arreirages et debtes ou partie d'iceulx ;

« Et por les poines et diligences que icellui Mons. de la Trémoille y mestroit, ladite Madame Bietrix eust et ait donné et oltroyé au dessus dit Mons. de la Trémoille pour ses dites poines et diligences, la moitié de tout ce que il porroit faire avoir desdiz debtes et arreirages ;

« Et avec ce, li eust promis à reffundre les missions qu'il y mettroit et faire pluseurs autres biens ;

« Et depuis ces choses, ledit Mons. Guy de la Trémoille ait tant poursieugu à grans frais et grosses missions ledit Mons. de Beaujeu que icellui sire de Beaujeu a accordé audit Mons. de la Trémoille paier lesdis arréraiges, debtes et dépens pour et en nom de ladite Madame Bietrix, à la somme de sept mille livres, qui valent VII mille francs d'or, à paier à certains termes, et auxi ait accordé que icelle Madame Bietrix aura son douaire en et de la ville de Belleville-sur-Sâone, et pour icellui douaire ait été baillié et délivré à icelle Madame Bietrix ou à ses gens ou procureurs pour elle ladite ville de Belleville, ensemble tous les drois, profis et émolumens d'icelle et de pluseurs lieux à l'environ, comme ces choses peuvent apparoir et sont contenues plus à plain en certaines lettres faites sur ledit accort ; et lequel accort ait esté fait pour le proffit évident de ladite Madame Bietrix et du consentement dudit M. Henry, son nepveu, et de plusieurs autres parents et amis d'icelle... [2]. »

Il paraît résulter d'un texte du mois de juin 1386 que la partie pouvait demander à être affranchie de la curatelle sous laquelle elle avait été placée : l'extrait suivant renferme à cet égard quelques énonciations intéressantes :

[1] Guy VI, sire de La Trémouille, fils de Guy V et de Radegonde Guenand, marié à Marie, dame de Sully, mourut en 1398.

[2] L'acte se termine par un pouvoir donné à Guy de La Trémouille à l'effet de poursuivre directement le payement des 3 500 livres qui lui ont été cédées. *Protoc. de Aleaume de Clenleu* (n° 96, B. 11, 289), f° 3ɪ.

« Jacot Berthier, peleçonnier, demorant à Dijon, et D., femme de feu Villemot, de Paris, jadis demorant à Dijon, femme de son droit, (traduction littérale des mots : *mulier sui juris*) et estant en sa puissance, combien qu'elle fust eu par aucun temps en puissance de curateur, dont elle a esté ostée par auctorité de juge ordinaire et compétent, si comme elle affirme par son serment, avec la relacion dudit Jacot et Regnaul Richar de Dijon, affirment auxi par leur serment avoir esté présens en jugement, quand elle fut mise hors de puissance de cure, etc... [1]. »

Rien ne s'opposait à ce que l'on nommât un curateur aux biens vacants d'une personne décédée, lorsque ses successibles n'étaient pas connus ou qu'ils appréhendaient de faire acte d'héritier. C'est ce qui résulte du texte suivant :

« Jehan de M., curateur donné es biens vacans de feu Emonin le grenetier, de Saulx, comme il appert par les lettres d'icelle cure signées du seel es causes du bailli de Dijon, desquelles la copie est encorporée à ces présentes..., confesse avoir recehu de noble homme Raoul Saulvegrain, escuyer, sur les biens mobles que lidit Raoul a dudit Esmonin la somme de cinquante francs d'or, etc., pour mettre et convertir au proffit deladite cure... [2]. »

[1] *Protoc. de Guill. Girard* (n° 78), f° 225.
[2] Acte du mois de juin 1393. *Protoc.* (n° 91, B. 11, 316).

J. SIMONNET,
Conseiller à la Cour impériale de Dijon,
Docteur en droit.

DE

L'ORGANISATION DE LA FAMILLE

CHEZ LES BASQUES.

(SUITE ET FIN.)

CHAPITRE III

FORS DE BÉARN. COUTUMES DE BARÉGES ET DE LAVEDAN.

J'arrive au Béarn, et, dans ce pays relativement illustre, je me trouve en présence de corps de lois imposants et nombreux[1]. Ces monuments appartiennent à deux époques : le moyen âge, les temps modernes. Les anciens Fors, dont quelques dispositions paraissent remonter au onzième siècle, nous reportent surtout au treizième et au quatorzième ; diverses adjonctions aux Fors sont du même temps ou un peu postérieures. Le For de Henri II de Béarn, qui retouche et refond la législation antérieure, est daté du grand siècle de la réformation des Coutumes. Puis viennent une foule de règlements accordés par le souverain, à la demande des Etats du pays, lesquels nous conduisent jusque dans le siècle dernier. Nous embrassons de la sorte une période du droit d'environ huit cents ans.

Pour déterminer l'ancien état de la famille, en Béarn, il semble que nous n'ayons autre chose à faire qu'à parcourir, une plume à la main, la collection des vieux Fors, et à noter, au passage, les textes qui peuvent se rapporter à notre sujet ; puisqu'un tiers au moins de la volumineuse collection, formé d'articles disséminés dans l'ensemble, est consacré au droit ci-

[1] Fors de Béarn, législation inédite du onzième au treizième siècle, avec traduction en regard, notes et introduction, par MM. Mazure et Hatoulet ; Pau, sans date. — *Fors et Costumas de Bearn* (1551), au tome IV du Coutumier de Richebourg. — *Compilation d'auguns priviledges et reglamens deu pays de Bearn, feyts et octroyats a l'intercession deus Estats, ab los serments de fidelitat deus seignors a soos subjects, et per reciproque deus subjects a loor seignor. A Pau, per Isaac Desbaratz...* 1716.

vil. Eh bien! j'ai, pour ma part, dépouillé tout le recueil, article par article, avec un soin patient et minutieux, et, à ma grande surprise, je l'ai trouvé à peu près muet sur l'ordre des successions dans les classes roturières. Cet ordre est exposé en partie pour les nobles; il y a aussi quelques dispositions qui semblent surtout s'appliquer aux bourgeois, dispositions obscures et sur lesquelles je reviendrai; mais il n'y a rien de clairement énoncé en ce qui concerne les habitants des campagnes. Est-ce mépris pour ceux-ci? inutilité, aux yeux des contemporains, de formuler un droit immémorial pratiqué tous les jours sans conteste? « Les barbares, a dit très-justement Guizot, n'écrivent point ce qu'ils savent, ce qui est dans la pensée et l'habitude de tous[1]. » Ainsi nous ne sommes guère avancés par la lecture des anciens Fors.

Mais le For de Henri II, quoique bien plus moderne (1551), va nous donner une clarté inattendue sur les temps antérieurs. En réformant le droit ancien, il est amené à lui accorder quelques lignes; une disposition transitoire, destinée à ménager des droits acquis, nous révèle la nature de ces droits : l'article 3 du titre des *Testaments et successions*, en étendant aux biens ruraux le droit d'aînesse et de masculinité, admis dès longtemps pour les biens nobles, réserve la position des filles aînées déjà mariées dans leur maison natale, sous l'empire des anciens usages[2], déclare ne porter que sur leurs enfants[3], et par là nous apprend avec certitude que le droit d'aînesse, sans préférence de sexe, était antérieurement observé dans les campagnes. C'est ainsi que l'entendent Mariàa, dans ses Mémoires sur les Fors de Béarn[4], Noguès, dans sa Conférence de la Coutume de Baréges[5], et, disent les éditeurs des Fors de Béarn, tous les commentateurs[6]. Cependant, ces mêmes éditeurs ne tirent pas grand parti

[1] Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, 4e édition; Paris, 1836, p. 143.

[2] *Sens empero comprendè en lo present artigla las prumeras filhas qui deyà son maridadas en las maisons de lors pays et mays solament.*

[3] *Et quoant aus maynages de lor descendens, acquetz succediran, lo mascle excludent la femelà, comme dijt es dessus.*

[4] Il existe plusieurs copies de ces Mémoires manuscrits, composés dans le dix-huitième siècle; j'ai dû m'en rapporter à l'une d'elles.

[5] La Coutume de Baréges conférée avec les Usages du pays du Lavedan... Toulouse, 1760, p. 43, 44.

[6] Fors de Béarn, p. 108.

de leur propre remarque, puisque, quelques pages plus loin, ils croient qu'avant Henri II, le droit d'aînesse n'existait pas pour les femmes, ni même pour les hommes dans les classes roturières[1]. M. Laferrière, dans son *Histoire du droit français*, comprenant mal ce même article 3, a brouillé toute la matière[2]. Je me borne à signaler ici l'une des nombreuses erreurs où s'est jeté cet auteur, d'ailleurs si brillant, quand il s'est occupé des Coutumes des Pyrénées; il serait trop long de le réfuter, je crois être plus utile aux juristes en restant dans la voie de mes propres recherches.

Voici donc, pour l'histoire du droit béarnais, un article d'une singulière valeur, d'une valeur telle que, s'il n'existait pas, une partie de ce droit demeurerait une énigme. On ne concevrait pas, par exemple, le parallélisme établi par la loi entre la dotalité du mari, dans certains mariages, et celle de la femme dans d'autres, parallélisme indiqué seulement dans les anciens Fors, mais nettement accusé dans les lois postérieures, si cette situation n'avait point eu pour cause première un droit de succession également avantageux à l'un ou l'autre sexe, selon l'ordre de la naissance, et qui créait en moyenne autant d'héritières que d'héritiers. Lorsque, sous Henri II, le droit de masculinité fut généralisé, le nombre des héritières dut être, par suite, singulièrement restreint[3]; on n'en maintint pas moins la dotalité de leurs maris. N'était-ce pas un moyen tout trouvé de conserver les biens des familles? et même, les idées romaines venant donner à la dot une importance prépondérante, les dots des maris comme celles des femmes furent soumises à des règles conservatrices excessives.

Avant d'entrer dans d'autres détails sur le mariage, je dois d'abord épuiser la matière des successions. Je ne dissimulerai pas qu'il y a deux articles, l'un au For de Morlàas, l'autre au

[1] Fors de Béarn, p. 132, note 3; p. 133, note 1.

[2] Laferrière, *Histoire du droit français*; Paris, 1858, t. V, p. 442, 443.

[3] Veut-on se faire quelque idée du nombre des héritières, par rapport à celui des héritiers, sous l'empire du droit d'aînesse et de masculinité, que l'on suppose une moyenne de trois enfants par mariage, ces enfants pouvant être mâles ou femelles, il y a de ce chef huit combinaisons à faire, selon la production des sexes; de ces huit combinaisons une seule donne une fille héritière.

For nouveau, qui semblent contrarier la solution que j'ai donnée. Voici la traduction du premier de ces articles, qui est aussi le plus ancien : « Fut jugé à Morlàas que, si je rends un bien de lignage à des sœurs, et qu'il n'y ait pas de fils qui soit leur frère, et que toutes soient hors de la maison avec leur part reçue, elles doivent partager également ; mais la plus jeune doit faire les parts : l'aînée a le choix[1]. » Ce jugement peut bien n'avoir en vue qu'un cas de retrait lignager ; mais, comme l'ordre pour retraire est généralement dans ces Coutumes calqué sur l'ordre des successions, il faudrait toujours en conclure qu'à défaut de frère, les sœurs venaient aux successions par têtes. De plus, il est dit au For nouveau que, dans le but de conserver les maisons, quand la succession échoit à filles ou sœurs, l'aînée, ou qui la représente, hérite pour le tout, les cadettes devant se contenter de leur légitime[2] ; et l'on pourrait induire de cet article (l'article 10 du titre des *Testaments et successions*) qu'en effet, avant la réforme de Henri II, les filles ou sœurs, à défaut de mâle du degré, partageaient également, ainsi que l'ont écrit les éditeurs des Fors. Mais cela ne peut pourtant se soutenir des filles nobles, en présence de l'article 276 du For général. Selon cet article, d'une clarté irréprochable, le fils noble est préféré à la fille : c'est le droit d'aînesse et de masculinité ; mais s'il n'y a que des filles, l'aînée est préférée, elle prime ses sœurs et même les frères qu'elle aurait d'un second mariage[3]. Cet ordre de succession aux biens nobles, qualifié ici d'*immémorial*, nous l'avons déjà rencontré dans les trois Coutumes basques de

[1] For de Morlàas, art. 74. Les sœurs dont il s'agit sont « hors de la maison avec leur part reçue, » une circonstance spéciale qui, mettant hors de jeu la conservation de la maison, donnait peut-être ouverture à un partage exceptionnel.

[2] Ce n'est peut-être là que la remarque d'un juriste ajoutée après coup pour motiver un privilége, que des coutumes voisines, comme celle de Saint-Sever, réservaient aux seuls mâles et dont elles privaient les femelles, alors même qu'elles concouraient entre elles. L'*item* qui précède l'article paraît venir à l'appui de cette opinion ; car il n'y a dans le titre qu'un seul autre article également précédé d'un *item*, et la disposition qu'il contient est visiblement ajoutée à l'ancien droit : c'est l'article 8, qui permet au possesseur de biens substitués de disposer de la quarte de ces biens.

[3] Art. 274 et 276 de l'ancien For, dont les dispositions sont reproduites en substance dans le nouveau For au titre des *Testaments et successions*, première partie de l'article 3.

France, et, de part ni d'autre, il ne souffre aucun doute. — Serait-ce aux biens roturiers que se serait appliqué le partage égal entre filles? Mais, je le répète, l'article 3 des *Testaments et successions* au For de Henri II constate, pour les biens ruraux, le droit d'aînesse sans distinction de sexe, auquel il substitue le droit d'aînesse et de masculinité[1]. Les biens nobles et ruraux écartés, resterait l'hypothèse d'un droit de partage égal, qui se serait seulement appliqué aux bourgeois, dans l'enceinte des cités jouissant du droit de Morlàas. Encore faut-il bien reconnaître que ce partage ne concernait que les filles en concours entre elles; car il résulte clairement du même For de Morlàas, à l'article 75 — qui suit immédiatement celui qui nous occupe — qu'entre fils de bourgeois, l'aîné avait la préférence sur ses frères. Que l'on veuille à présent, sur la foi des deux textes qui précèdent, admettre un ordre de succession bourgeois qui aurait différé de celui des nobles d'une part, de celui des rustiques de l'autre, et qui, sur le point en litige, rappellerait les usages immédiatement voisins du ressort de Saint-Sever[2], je n'ai point à m'en inquiéter. Il me suffit d'avoir établi pour ma thèse que, dans les classes rurales, dans celles qui conservent le mieux les empreintes originelles, le droit d'aînesse sans distinction de sexe existait encore en Béarn au seizième siècle. Cela n'est pas douteux d'après l'article 3 du titre des *Testaments et successions* au For de Henri II; il est seulement à regretter que les anciens Fors ne nous offrent de ce fait que les traces les plus vagues, parmi lesquelles j'ose indiquer à peine deux dispositions insérées dans le For de Morlàas, art. 178, 260, qui semblent pourtant attribuer indifféremment à un fils ou à une fille (suivant l'ordre de la naissance?) des droits et avantages qui ne s'accordaient qu'aux aînés[3].

[1] J'ai ouï dire que, dans la vallée de Barétous, notamment à Arette, existerait encore l'usage d'avantager le premier-né mâle ou femelle.

[2] Dans ce ressort, on succédait par lits, et lorsque d'un même lit il n'y avait que des filles, elles succédaient par têtes. C'était le droit commun; il y avait des exceptions. Voir les Coutumes générales de Saint-Sever, tit. XII, art. 21, 22 et autres.

[3] Les deux articles mettent bien sur le même pied ou le fils ou la fille, soit pour valider la vente des propres, qui serait nulle sans ce concours (art. 178), soit pour retirer le bénéfice d'une donation contractuelle, qui paraît avoir été d'usage en Béarn (art. 260). Malgré la parfaite égalité des

Ce droit d'aînesse, qui, dans l'ancien Béarn, tout au moins dans les campagnes, s'exerçait sans acception de sexe, devait aussi s'exercer sans acception de biens. Nous voyons au For de Henri II que le droit d'aînesse avec préférence de sexe, qui venait d'être étendu à tout le pays, conférait à l'héritier la totalité des successions [1] (sauf des parts aux cadets), et il n'y a pas de raison de croire que cette attribution universelle, la chose la plus simple quand on admet le droit d'aînesse, n'existait pas déjà dans les campagnes. Le souci de distinguer les propres des acquêts dans les successions *ab intestat* est de droit postérieur ; je ne le retrouve, même en Béarn, en aucun temps ; l'ordre de succession y demeure uniforme ; je ne vois point apparaître cet ordre particulier d'héritiers aux acquêts que les trois Coutumes basques de Soule, de Labourt et de Basse-Navarre empruntèrent à la Novelle 118.

Les hommes, en Béarn, pouvaient avoir des dots aussi bien que les femmes : rien n'est plus certain. Cependant un seul article en témoigne aux anciens Fors, c'est l'article 269 du For général, qui réglant le cas du retour de la dot et le délai du retour, s'applique à la femme et à l'homme également, *examentz l'omi*. Le For de Henri II est bien plus explicite sur la dot des maris, comme on peut le voir aux articles 7, 8, 13, 14, 18, du titre de *Mari et femme* [2]. La clarté va croissant, dans les règlements des Etats, à mesure que la jurisprudence se reconnaît et se fixe. Un règlement de 1644, entre autres [3], assimile entièrement le mari à la femme pour les garanties que l'ancien droit accordait à celle-ci relativement à la conservation de sa dot. Lorsque, par la mauvaise administration du mari, la dot se trouvait en péril, la femme pouvait se faire assigner une portion suffisante des biens de celui-ci, à titre de garantie et pour assu-

termes, on peut toujours prétendre que la fille n'est appelée ici qu'à défaut de fils.

[1] C'est ce qui résulte des mots *succedexs universalment*, art. 3 du titre des *Testaments et successions*.

[2] L'article 13 est curieux : « Si les époux se séparent par la faute de la femme, et qu'elle soit héritière, elle doit entretenir le mari. »

[3] Au règlement de 1644 il faut joindre celui de 1656, destiné à l'interpréter. On trouve les dispositions de l'un et de l'autre dans la compilation des règlements de Béarn que j'ai déjà citée, rubrique XXXVIII, *De dottes et parceles*, art. 3 et 4.

rer sa subsistance; elle était préférée aux créanciers postérieurs à son contrat de mariage[1]. En étendant ce bénéfice au mari, quand il était dotal, le règlement nous ferait croire que l'épouse de celui-ci pouvant, dans certains cas, compromettre ses intérêts, avait pour la gestion de sa propre fortune des droits étendus, et que ce qu'elle acquérait comme ce qu'elle perdait était acquis ou perdu pour elle. Dans la Coutume de Baréges, la femme héritière profitait seule des acquêts de son mariage, des améliorations obtenues sur ses biens. Je n'oserais dire qu'elle fût aussi favorisée en Béarn. Dans les textes que je connais, il est question presque uniformément de la femme qui a porté une dot à son mari ; il est dit expressément de celle-ci qu'elle n'a pas droit aux acquêts du mariage, si son mari ne lui en donne pas testament[2]. Les choses se passaient-elles autrement quand le mari était dotal et la femme héritière? La raison d'en douter est dans le développement que la puissance maritale paraît avoir pris d'assez bonne heure en Béarn.

La dot ne revenait à l'époux devenu veuf, ou à ses proches, qu'autant qu'il ne demeurait aucun enfant ou descendant de son mariage. Toutefois on admettait que, s'il voulait se remarier, il pouvait reprendre la moitié de son apport. L'ancien For accordait ce bénéfice nommément à la femme[3]; le nouveau For à la femme ou au mari[4]. M. Mourot nous apprend que le parlement de Navarre jugeait que cette moitié de dot était irrévocablement acquise aux enfants du second lit, l'autre moitié

[1] Voir le « Mandement d'assignation de dot, » dans les *Adjonctions aux Fors de Béarn*, p. 290.

[2] For général, art. 256. For réformé, *De marit et molhé, dotz et tornadotz*, art. 1er.

[3] On croirait même que, primitivement, la femme pouvait reprendre (comme elle en avait le droit dans la Coutume de Baréges, art. 25) la totalité de sa dot, sauf à contribuer à l'entretien des enfants de son premier mariage, s'ils étaient mineurs, de concert avec leurs parents du côté paternel. Tel paraît être le sens de l'article 259 du For général. Une note qui y est jointe fixe à moitié ce que la femme qui convole peut emporter de sa dot. Il lui est interdit de mettre un autre mari aux lieu et place du premier : elle doit rendre les biens. Par une disposition parallèle, l'homme qui convolait ne pouvait établir sa seconde femme sur le bien de la première sans la volonté des enfants de celle-ci (For général, art. 270).

[4] For réformé, *De marit et molhé*, art. 8.

restant aux enfants du premier[1]. Il paraît que très-anciennement le cadet qui successivement avait épousé une femme héritière, puis une autre femme, et avait des enfants de l'une et de l'autre, pouvait à son choix partager sa dot entre les deux lits, à moins qu'il n'eût pris un engagement contraire envers les amis de sa première femme, ou, ce qui est plus fort, la laisser tout entière à l'aîné de l'un ou de l'autre lit, sauf, s'il avait déjà marié le fils aîné du premier lit, ou, à défaut de fils, la fille, ce mariage emportant institution d'héritier. Tel est, selon moi, le sens d'un article du For général, très-développé et pourtant très-obscur, l'article 268, où je vois aux principes généraux des successions en Béarn une exception bizarre, passagère peut-être, mais seulement applicable aux dispositions de dernière volonté des cadets de famille, et n'entamant nullement les règles plus sévères auxquelles, pour ces mêmes dispositions, les aînés héritiers demeuraient astreints.

On doit rapprocher de l'article 268 l'article 273 qui pose clairement l'espèce d'un cadet successivement époux de deux femmes, et lui accorde la faculté de laisser ses acquêts à l'aîné des enfants de l'une ou de l'autre. Il ne saurait y avoir ici de difficulté, la disposition des acquêts étant libre.

Nous voyons en effet, dans le For de Morlàas, que l'on peut vendre ou donner à sa convenance, par conséquent léguer les biens que l'on a gagnés soi-même. Mais des biens de lignage on n'en peut disposer sans le consentement du premier lignager, auquel ils doivent revenir, et peut-être même ce consentement ne suffit-il pas : il faut encore celui du second lignager. Toutefois la défense tombe devant un besoin reconnu de la personne, ou si l'on veut se racheter de la prison ; et même on peut absolument disposer à sa guise, se faire honneur, dit le texte, de ses biens de ligne jusqu'à concurrence de 30 sols[2].

Ces règles et celles du retrait lignager assuraient, dans les anciens Fors, la conservation des patrimoines. Quant aux dots, généralement mobilières, qui s'en détachaient pour l'établissement des puînés, la législation était moins ferme. Les textes nous

[1] Article de M. Mourot dans le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin, édit. de 1808, au mot DOT, § XVII.

[2] For de Morlàas, art. 71, 80, 178.

la montrent, en ce qui touche la femme, partagée entre le désir de protéger ses apports et celui de ne point opposer cet intérêt séparatif à celui des créanciers de son mari, tant qu'il est vivant près d'elle [1]. De là ces deux arrêts, au fond contradictoires, placés l'un après l'autre dans le For général : « Jugea la Cour que femme étant avec mari vivant, et en ayant lignage, ne peut pas empêcher, sous prétexte de sa dot, que le seigneur ne fasse droit aux plaignants sur les biens de son mari (art. 257). — Jugea la Cour que toute femme, quand le mari est mort, encore qu'elle n'ait pas d'enfants, peut défendre contre les créanciers les biens de son mari jusqu'à ce qu'elle ait sa dot bien sauve [2] (art. 258). » La balance penchait toutefois en faveur de la conservation de la dot, et tant l'article 254 du For que le mandement d'assignation de dot inséré aux *Adjonctions* nous donnent la preuve que dans la pratique la femme avait, sur les biens de son mari, un droit de garantie ressemblant fort à une hypothèque générale qui, au besoin, était spécialisée sur un bien particulier, hypothèque dont la date remontait au contrat de mariage. La femme pouvait l'opposer aux créanciers postérieurs, mais non pas si elle-même s'était expressément obligée comme débitrice principale ou comme caution [3], car il lui était loisible de s'obliger de la sorte, et, à cet effet, il y avait une formule par laquelle elle renonçait au bénéfice du sénatus-consulte velléien [4]. Nous voyons en même temps que le mari pouvait, avec le consente-

[1] La loi béarnaise paraît être préoccupée de cette idée qu'entre mari et femme la communauté d'habitation entraîne celle de responsabilité. La maison dotale n'est à l'abri des poursuites des créanciers du mari que si le mari habite ailleurs (For général, art. 262).

[2] Dans le For réformé, plus de contradiction : si les créanciers du mari font saisir ses biens, la femme peut se porter elle-même créancière (*se poyra mustra crededora au deposit*), que le mari soit vif ou non (*De marit et molhé*, 5). Elle prend son rang d'hypothèque (*ibid.*, 6).

[3] Mandement d'assignation de dot, *in fine*. For général, art. 279.

[4] On trouve dans les *Adjonctions aux Fors de Béarn* un formulaire des « renonciations qui se font ordinairement dans les actes publics, lesquels les doivent exprimer. » Ces renonciations avaient pour objet d'annuler un grand nombre de bénéfices, généralement introduits par la sage loi romaine, pour venir en aide à l'âge, au sexe, à la bonne foi, au malheur, et de rendre plus stricte l'exécution des contrats. Le texte cite parmi les bénéfices auxquels il était permis de renoncer (je respecte son orthographe) *lo benefficí del cenat-consult Belliani.*

ment de la femme, obliger, vendre et aliéner la dot; c'est ce dont témoignent plusieurs articles du For général [1]. Ces articles ne distinguant pas entre l'aliénation et l'hypothèque (au cas d'une dot immobilière), je pense que l'une comme l'autre était permise, et que l'on ne songeait nullement à appliquer la loi Julia. Cependant M. de Mariàa croit voir cette loi écrite dans l'article 15 du titre de *Mari et femme* au nouveau For, et, lorsqu'il nous apprend qu'en dépit des textes, la loi de Justinien était suivie en Béarn, et que le mari ne pouvait pas plus aliéner qu'hypothéquer la dot, quand la femme y eût consenti, nous devons absolument l'en croire. Chaque jour la législation devenait plus rigoureuse sur la matière. En 1644 et 1656, deux règlements de Béarn étendent aux maris dotaux, à leurs enfants et proches ayant droit au retour de la dot, l'ancienne faveur accordée à la femme dotale de prendre ses sûretés sur les biens de l'époux quand il compromettait son patrimoine [2]. Un autre règlement, de 1668, décide que les enfants successeurs aux dots, et qui les conservent (celles de père, mère, aïeuls et aïeules) au préjudice des créanciers postérieurs, les retiendront sans distraction aucune des portions que les légitimaires auraient déjà reçues [3] : un privilége exorbitant. C'est à cette phase du droit que répond la définition de M. Mourot : la dot est en Béarn un patrimoine inaliénable, un fidéicommis graduel et perpétuel, tant qu'il reste des descendants du mariage et jusqu'au retour à la maison d'où elle est sortie. Il n'y avait alors d'autre différence essentielle entre la dot des maris et celle des femmes que ces deux-ci : 1° pour former la dot des hommes, il fallait employer certaines expressions spécifiques, telles que : *pour dot*, ou *pour aide*, ou *soutien*, ou *support du mariage...* ; 2° la femme dotale avait l'emparence ; le mari ne l'avait point. L'emparence est, ici, pour la femme le droit de posséder les biens de son mari défunt, et de faire les fruits siens jusqu'à ce que sa dot lui ait été garantie sur un bien particulier ; elle jouissait de ce bien en attendant que sa dot lui fût rendue, quand elle devait l'être [4].

[1] Art. 263, 264, 278, 279.

[2] *Compilation d'auguns priviledges et reglamens deu pays de Bearn*, rubrica XXXVIII, art. 3 et 4.

[3] *Ibid.*, art. 6.

[4] For réformé, *De marit et molhé*, art. 3.

Le même droit de jouissance générale ou restreinte par convention à des biens déterminés, qu'on appelait aussi l'insistance, était accordé jusqu'au payement de la dot, au mari comme à la femme, dans des Coutumes admettant la dotalité des maris : Soule, Acs, Bayonne[1]. La jurisprudence avait hésité en Béarn, car Mariàa cite un arrêt d'après lequel le mari devait avoir l'insistance comme la femme.

J'ai déjà parlé des légitimes auxquelles les cadets pouvaient prétendre, selon le For de 1551 : ils étaient sous ce rapport à la discrétion de leur famille, sans autre garantie que l'opinion publique dans leur localité. Si et comment plus tard des arrêts de parlement vinrent à leur secours, c'est ce que je n'ai nullement à examiner; le progrès du droit n'est point de mon sujet, je ne cherche que son état primitif ou du moins le plus ancien. A ce titre, l'article 75 du For de Morlàas est conçu de manière à m'intéresser. Il règle que, si un bourgeois est mort et n'a point apanagé ses fils, l'aîné de ceux-ci le doit faire; mais les puînés rapportent ce qu'ils ont gagné par leur industrie. Un tel rapport de leurs gains personnels prescrit aux puînés qui veulent succéder est une chose exorbitante, mais s'explique comme une conséquence de ce principe économique que j'ai déjà signalé dans le droit basque, savoir que les cadets doivent leur service à la maison natale, habituellement jusqu'à ce qu'ils soient mariés. S'ils travaillent pour leur compte, ils sont, en Soule, privés de leur légitime; à Baréges, en Lavedan, ils doivent un rapport semblable à celui qui leur est imposé par le For de Morlàas : une nouvelle preuve, qui n'est point à dédaigner, du fond commun et de la parenté originelle de ces Coutumes, qui, à une simple lecture superficielle, pourraient paraître prodigieusement distinctes.

Il est vrai que l'article 75 de Morlàas est reproduit plus loin dans le même For au numéro 258, avec une adjonction qui en restreint le sens, portant que le rapport dont les cadets sont tenus concerne seulement les gains qu'ils ont faits avec le bien

[1] Soule, XXIV, 15. Acs, IV, 5. Bayonne, IX, 8. — Nous retrouvons l'emparence, au profit de la femme seulement, dans des Coutumes où les maris n'ont point de dots. Elle dérive de la loi, dans la Coutume de Saint-Sever (XI, 5, 6). Elle peut être stipulée, dans la Coutume de Bordeaux (LII).

du père ; mais cette adjonction toute romaine, tirée des constitutions impériales sur les pécules profectice et adventice, n'a rien à voir avec le plus ancien droit, et même elle reste en route, quand l'article 75 est lui-même transporté en substance au For de 1551, où il reparaît à peu près dans l'article 4 du titre des *Testaments et successions*. M. de Marièa nous apprend qu'on opposait à cet article et qu'on lui préférait l'article 3 du titre de *Père et fils*[1]. Tout ce que l'on peut conclure, c'est que la jurisprudence continuait naturellement à interpréter d'une manière favorable aux cadets une disposition trop rigoureuse à leur égard.

Je n'ai aucune notion sur le régime des mariages que les cadets de Béarn contractaient entre eux. Je lis seulement dans les *Mémoires de Mariéa* que la communauté de biens, qui n'était point de coutume, pouvait être stipulée ; l'était-elle dans ces mariages? En tout cas, je ne trouve aucune trace du régime de communauté dans les plus anciens textes.

La puissance maritale avait pris pied en Béarn. Il paraît résulter d'un article du For de Morlàas qu'en cas de désunion, le mari, bien qu'ayant les premiers torts, pouvait requérir sa femme de venir le trouver[2]. Mais cet article, comme tant d'autres, est obscur et semble imposer au mari une obligation corrélative, sinon civile, au moins religieuse. Quant aux biens, il est incontestable que la capacité de la femme se trouvait diminuée dans le mariage. Les anciens Fors déclarent que l'épouse ne peut faire testament sans la volonté de son mari, puisqu'elle est en son pouvoir, et soumet à la règle même la veuve remariée qui a des enfants du premier lit[3]. Le For réformé est plus large : il permet à la femme de tester des biens qu'elle a outre sa dot, en faveur de son mari, de ses enfants, parents, ou pour son âme[4] (une disposition introduite par la piété). Enfin, au temps de Mariàa, il est reçu dans l'usage que la femme peut tester sans le consentement de son mari, même en faveur de ses amis, même de sa dot quand elle est libre. Mais l'autorisa-

[1] Cet article porte que ce que le fils a gagné par sa prouesse et industrie lui appartient en usufruit et propriété.

[2] For de Morlàas, art. 292.

[3] For général, 261 ; For de Morlàas, 240.

[4] For réformé, *De marit et molhé*, 17.

tion maritale lui est toujours nécessaire pour contracter et ester en justice. D'autre part, il ne lui est plus loisible de s'obliger pour son mari, comme par le passé, en renonçant au bénéfice du sénatus-consulte velléien. Le For réformé exigeait le concours du mari pour que la femme pût renoncer valablement à une succession qui lui échéait par droit de primesse[1]. Une disposition semblable, mais plus générale dans ses termes, se lisait déjà au vieux For, art. 265 : « La femme ne peut faire quittance ou remise sans ma volonté, octroi ou consentement, spécialement des choses qui lui adviennent par retour ou par donation.—Décision de Lectoure, approuvée ici. » Je cite volontiers cet article, parce qu'il montre, par un exemple, que la Coutume de Béarn faisait quelquefois des emprunts aux législations voisines[2].

Je ne vois rien de bien saillant en ce qui concerne la puissance paternelle. D'après le For réformé, le père qui se remariait perdait l'usufruit des biens que ses enfants tenaient de leur mère[3]. Au temps de Mariàa, l'usage non écrit de Béarn était que le mariage émancipait la fille — une chose forcée quand on admet la puissance maritale — et qu'il émancipait aussi le fils, quand celui-ci vivait à part un temps plus ou moins long ; ce qui rappelle un peu les usages basques. D'autre part, le fils, quand il avait vingt-cinq ans, était émancipé, selon la jurisprudence des arrêts, et pouvait alors demander à son père la délivrance de ses biens propres pour en jouir entièrement. Le fils avant trente ans, la fille avant vingt-cinq ne pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents. On commençait à douter que le fils âgé de quatorze ans — la petite majorité des anciens Fors[4]—pût tester sans le concours de son père. Il avait donc eu cette faculté jusque-là.

[1] For réformé, *De marit et molhé*, 16.

[2] C'est probablement à un emprunt de ce genre qu'il faut rapporter ce que dit M. Mourot d'un *augment* qui pouvait être stipulé au profit du mari survivant, et qu'il retenait sur la dot de sa femme ; car cette disposition s'écarte de l'esprit de la loi béarnaise.

[3] For réformé, *De pay et filh*, 4.

[4] A quatorze ans, le jeune homme peut contracter et vendre (For de Morlàas, art. 249) ; il peut être témoin (art. 143) ; il est responsable de son délit (art. 281).

De bonne heure la distinction romaine des biens des fils de famille en profectices et adventices avait été reçue en Béarn. Elle y était un remède au droit originel qui dépouillait les cadets des gains qu'ils faisaient par eux-mêmes. Le For de Morlàas confirme au père ou à l'aïeul la pleine propriété de ce que le fils en puissance a gagné avec leurs biens, et ne leur laisse que l'usufruit de ce qui a été gagné autrement ou provient d'héritage [1]. Le nouveau For va plus loin, quand il assure au fils la pleine propriété de ce qu'il a acquis par son industrie [2]. Telle est aussi la législation de la Basse-Navarre [3]. En Béarn, le fils en puissance pouvait tester des biens qu'il avait acquis « par sa prouesse » hors la compagnie de son père, et de ceux qui lui étaient advenus par succession ou donation : des premiers librement; des seconds en faveur de ses enfants, ou, à défaut d'enfants, de son père [4]. En Basse-Navarre il disposait à son gré des bénéfices qu'il avait faits dans l'exercice de certaines fonctions et professions, et de ce qu'il avait reçu à titre gratuit de personnes autres que son père, sous réserve pour celui-ci de l'usufruit de ces derniers biens [5].

En parlant de l'état de la famille en Béarn, je ne saurais oublier la faveur dont la loi y entourait les femmes comme mères et comme veuves. Il était interdit de saisir chez une femme en couches [6]. Quand un mari battait sa femme en public, principalement si elle était enceinte, et qu'elle tombait malade, et qu'à son lit de mort elle déclarait dans la forme authentique qu'il l'avait tuée, il était convaincu de meurtre, surtout s'il quittait le lieu [7]. Les veuves relevaient de l'église; elles pouvaient dé-

[1] For de Morlàas, art. 179, 180, 181. — Remarquer ces mots de l'article 179 : *Si lo filh et la filha qui son en poder deu pay et de la may o de l'ayou...* Il s'agit ici de dispositions toutes romaines, et cependant, à côté de la puissance du père, il est encore question de la puissance de la mère.

[2] For réformé, *De pay et filh*, art. 1, 2, 3.

[3] Basse-Navarre, XXIV, 1, 2, 19.

[4] *Compilation d'auguns priviledges et reglamens deu pays de Bearn. Questions sus lasquoales lou Parlement a fixat sa jurisprudence ; secondament, sur lous testaments deus filhs de famille.*

[5] Basse-Navarre, XXVII, 30.

[6] For général, art. 150.

[7] *Ibid.*, art. 266.

cliner la justice temporelle pour répondre devant l'évêque[1]. Leur témoignage valait autant que celui d'un témoin solvable[2]. Ayant des enfants, elles conservaient les biens de leur mari, alors même qu'elles faisaient largesse de leur corps, et ne les perdaient que par le convol[3]. Tel était l'ancien droit; mais le For réformé leur enleva ce privilége ; selon ce For et celui de Basse-Navarre, la veuve qui se conduit mal, ou qui se remarie, perd également la tutelle et l'administration des biens de ses enfants[4]. De plus, en Basse-Navarre, la veuve impudique est privée des legs et dons que son mari lui a faits[5]. Puisque je suis sur ce sujet, j'ajouterai que dans la Soule la veuve perdait la tutelle de ses enfants si elle manquait à l'honneur, mais non si elle se remariait[6]. Quant aux filles non mariées, on voit au For de Basse-Navarre que leurs parents n'étaient point tenus de les doter si elles se débauchaient[7]; et toutefois la même législation se montre humaine en assurant un petit sort aux enfants naturels[8]. Elle proclame aussi ce principe, que le mariage des enfants ne doit pas être forcé[9]. Je présume que les fiançailles, qui pouvaient se faire à sept ans en Béarn comme en Soule[10], n'obligeaient les parties qu'avec des restrictions.

J'aurais fini sur le droit de famille en Béarn, si je n'avais encore à mentionner les entraves que l'organisation féodale apportait à la transmission des biens, soit d'après les anciens, soit d'après le nouveau For. Dans les uns comme dans l'autre, les biens nobles ne pouvaient absolument se vendre sans la permis-

[1] For de Morlàas, art. 242.

[2] Le For général (art. 122) semble le dire.

[3] For de Morlàas, art. 291.

[4] For réformé, *De marit et molhé*, 12. Basse-Navarre, XXV. 15.

[5] Basse-Navarre, XXV, 14.

[6] Soule, XXV, 1, et commentaire de Béla sur cet article.

[7] Basse-Navarre, XXIV, 4.

[8] Je me plaisais à le croire, en corrigeant un peu l'article 14 du titre XXVII. Mais décidément cet article n'intéresse que les cadets « enfants naturels et *légitimes.* »

[9] Basse-Navarre, XXIV, 7.

[10] En Soule, d'après le commentateur Béla. En Béarn, d'après le For de Morlàas, art. 250 : il est for en Béarn, que la fille est en âge à sept ans pour faire foi de mariage par son serment et celui de ses tuteurs.

sion expresse du seigneur[1]. Le vieux For général interdit de même au tenancier d'un *caver* (cavalier) d'aliéner le fonds de sa tenure, à moins que son titre ne l'y autorise[2]. Au For nouveau, le noble qui a droit de prélation[3] (*preparança*) retient la terre vendue, de préférence au lignager, à l'exception des fils et filles, de la postérité du vendeur, qui peut la lui reprendre[4]. Pour ce qui est des questaux ou serfs du Béarn, il est clair qu'ils ne devaient point aliéner le fonds dont ils faisaient eux-mêmes partie, et que par suite le retrait ne les concernait point. On peut même se demander s'ils étaient aptes à transmettre leurs biens par voie de succession directe et collatérale[5]. A cet égard,

[1] Le seigneur majeur, le vicomte de Béarn. For général, art. 216, 280, 281; For réformé, *De contractes et tornius*, 25.

[2] For général, art. 213. — Le tenancier d'un *caver*, s'il tarde trois ans à acquitter les devoirs de sa terre, peut en être dépouillé par son seigneur, tout comme le feudataire qui doit le cens et l'hommage, *ceys ondrat* des Béarnais (For de Morlàas, art. 308). Le tenancier d'un autre homme, qui ne doit que le cens (*ceys*), une rente sèche, s'il délaisse la terre pour ne pouvoir travailler, a cent ans, lui ou ses héritiers, pour la recouvrer, en payant le cens, d'après le For général (art. 210); trente ans seulement d'après le For de Morlàas (art. 309).

[3] Les nobles n'ont pas toujours le droit de prélation. Déjà le vieux For le laisse entendre dans son article 213 : car, si d'une part cet article défend au tenancier d'un *caver* d'aliéner le fonds de sa tenure, s'il n'y est autorisé par son titre, de l'autre, il n'accorde les lods et ventes au *caver* que si lui-même a un titre à faire valoir; or les lods et ventes ne sont que le prix de rachat du droit de prélation qu'ils supposent. Selon le For réformé (I, 29), le seigneur d'un fief n'en a les lods et ventes — *capsoos o preparanças* — que s'il est d'usage de les percevoir dans le lieu où le fief est assis.

[4] For réformé, *De contractes et tornius*, 20. — J'ai dit plus haut que, dans les Coutumes de Soule, de Labourt et de Basse-Navarre, le lignager l'emporte toujours sur le seigneur. Il en est de même à Bayonne (V, 13), et dans le ressort d'Acs, sauf en quelques lieux (X, 15 et 16). Les Coutumes de Bordeaux donnent aussi la préférence au lignager (anc. Cout., § 128; Cout. nouv., art. v). La Coutume de Marsan fait passer le seigneur d'abord (*Des droits de proximité*, 11).

[5] Le doute est permis. Dans la Coutume de Saint-Sever (de 1514), les serfs n'ont que l'administration des biens qu'ils possèdent; le seigneur peut les dépouiller s'il lui plaît (IX, 1, 2). Dans l'ancienne Coutume de Bordeaux (de 1238 à 1344), les serfs héritent en ligne directe, non en collatérale; la terre des questeux morts sans enfants revient au seigneur (§ 131). Les Usages de Barcelone (de 1068 à 1163) n'admettent non plus que la succession

quelle qu'ait pu être la rigueur du droit qui pesait sur eux, je présume qu'en pratique, loin de dépouiller les parents de ses serfs, le seigneur les obligeait bien plutôt à hériter, suivant des usages dont il ne s'inquiétait pas, parce qu'ils lui profitaient. Veut-on que l'arbitraire féodal ait parfois bouleversé l'ordre ancien des successions rustiques, quand la pression cessait, cet ordre reparaissait, absolument comme après une invasion dévastatrice, le sol voit renaître les fruits dont les germes sont restés dans son sein. C'est ainsi que le droit basque a pu se conserver dans le Béarn et les autres pays dont nous nous occupons; et telle était sa force originelle, que même dans les hautes classes, plus imprégnées des idées et des mœurs de la féodalité guerrière, il a parfois maintenu son principe essentiel : le droit d'aînesse sans distinction de sexe, comme nous en avons vu l'exemple dans la Soule.

A la frontière orientale du Béarn et adossée aux Pyrénées, une certaine portion du comté de Bigorre qui ne suivait point le droit écrit, comme le reste de la province, était régie par des usages dont l'origine basque ne saurait être méconnue. Ces usages sont consignés dans la Coutume de Baréges, en date de 1670, et dans la Coutume du pays de Lavedan, de la ville de Lourdes, de Rivière-Ousse, des lieux de Saux, Adé et Ossun, de la baronnie des Angles et du marquisat de Bénac, en date de 1704 [1]. Aucun juriste ne se trompera sur l'ancienneté du droit que constatent ces monuments tardifs ; mais à l'historien qui de-

directe soit aux biens des rustiques (*pagenses*), soit aux biens des nobles (édit. Giraud, 109, 69). C'est là une question de lieu, et aussi une question de temps : les bénéfices, d'abord temporaires, devinrent viagers, puis héréditaires en directe, puis en collatérale ; les fiefs suivirent la même marche : car bénéfice ou fief, c'est tout un; seulement le bénéfice était noble, et il y eut des fiefs roturiers. — A Bordeaux, tant qu'il y a des parents du tenancier du côté d'où le fief est venu, le fief ne retourne au seigneur (anc. Cout., § 231). En Béarn, le seigneur ne peut redonner sa terre à fief que si son tenancier est mort sans héritiers ; encore faut-il que la chose se fasse sous réserve des droits du seigneur majeur et des créanciers (Mandement que le noble puisse donner sa terre à nouveau fief. Fors de Béarn, p. 288).

[1] Coutumes anciennes et nouvelles de Baréges, du pays de Lavedan et autres lieux dépendant de la province de Bigorre. Bagnères, 1836.

manderait d'autres preuves, je puis soumettre deux articles empruntés à un For ancien, qui accusent le même droit à une époque plus reculée de deux ou trois cents ans. Suivant le paléographe Larcher, chargé au dernier siècle par les Etats de Bigorre de recueillir les actes relatifs au pays, le For de la vallée d'Azun (l'une des six vallées du Lavedan) aurait été dressé vers l'année 1306 [1], puis expédié de nouveau en 1497. Un notaire apostolique et royal, du nom de Noalis, qui résidait dans la vallée et qui tenait du sénéchal de Bigorre une commission à l'effet de transcrire les vieux titres, en date de 1660, connaissait l'acte de 1497, et en a donné des extraits qui figurent notamment dans sa grande compilation, un monument local, appelé vulgairement *et Azou*. Dans ces extraits se trouvent les deux articles relatifs aux successions et testaments, que j'ai transcrits moi-même d'après le savant notaire dûment autorisé; mais comme l'acte de 1497 s'est lui-même retrouvé dans une copie du quinzième siècle, et a été publié par M. de Lagrèze, c'est à ce dernier que j'emprunte de préférence les textes dont il s'agit. Je ne les traduis pas, je les donne dans le dialecte local, dont le sens est transparent, et dont la forme naïve nous reposera un moment des abstractions du droit.

LXXXVI. *Que prumer filh o filha deu heretar.*

« Item mes, en nostre foo e en nostra costuma, de ara e de tost temps, mes que un home qui tiença bees linatyaus o paternaus, cum son hostaus, bordas, camps, prats, pocessioos, e que acquetz que tienca de son pay e de sa may, o de l'un o de l'autre, que los filhes o filhas quas iames seran engendratz que aquet o aquera pocedesca loos bees linatyaus o paternaus, e pux apres en defalhiment daquet o daquera e lor linatge, lautre o autra qui sera apres engendrat o engendrada, sies contradictioo deus autres qui apres seran engendratz mes, que ayan las autres las partides deus bees, segont la facultat deus bees de l'hostau. »

[1] *Glanages de Larcher* (manuscrit de la bibliothèque de Tarbes), t. XXII, p. 256. — On lit en marge, de la main de l'auteur : « vers 1306. »

LXXXVII. *Que tot home poscar fer hereter en soos bees aquet lo qui a lui plasera.*

« Item mes, que si un home o femna que aya en son temps gadanhat o adquisit una pocessioo ho tropas, cum son hostaus, bordas, vinhas e bergers, camps, pratz, he autras pocessioos, que si Diu lo da filhs o filhas o de tot, que lo pay e la may poden fer lor hereter aquet o aquera o quaus a lor semlara ni sera vist de tots los bees gadanhatz e adquesit ; poden fer hereter la un de lors filhs o filhas qui a lor plasera, ho a un autre que a lor no tancos ni fos de las sanguinitat, segont nostre foo e nostra costuma et nostres priviletges de ara et de tost temps del mon[1]. »

Droit d'aînesse sans privilége de sexe, disposition libre des acquêts, voilà bien le résumé des deux articles qui précèdent, et la base du droit de la famille que nous offrent avec plus de développement les Coutumes de Baréges et de Lavedan. L'une et l'autre, car elles n'ont entre elles que des différences secondaires, se rapportent beaucoup plus étroitement que les Fors de Béarn au type général du droit basque, que j'ai cru pouvoir tracer au début de cette étude ; et cela se comprend, s'explique même par leur rédaction tardive : des usages qui ne se maintiennent que par la tradition, qui persistent chez un peuple ignorant et obscur, qui ne sont point codifiés, remaniés par des légistes, portent bien plus que d'autres, lorsqu'ils arrivent au jour, le sceau particulier de leur origine.

Cette grande conformité du droit de Baréges et de Lavedan avec celui des Basques (sauf un point, le partage des biens de ligne non imposé ici aux parents qui marient l'aîné de leurs enfants) me dispense de recourir à une exposition où je ne ferais que me répéter, et m'engage à présenter seulement un petit nombre de remarques tout à fait essentielles.

Dans les Coutumes de Baréges et de Lavedan, il n'est fait aucune mention des nobles (sauf en l'article 7 de la seconde de ces Coutumes), et c'était une question de savoir si les nobles y

[1] De Lagrèze, *Histoire du droit dans les Pyrénées* (comté de Bigorre). Paris, 1867, p. 450.

étaient assujettis. Ils soutenaient généralement le contraire et peut-être avec raison, historiquement parlant. Je n'examine point les motifs juridiques que pouvait avoir le sénéchal de Bigorre de décider contre cette prétention, ce qu'il fit une fois au moins[1]. Mais j'ai vu à la mairie de Luz copie d'une enquête de 1494, établissant qu'à cette époque le privilége de masculinité s'ajoutait au droit d'aînesse dans l'ordre de la noblesse. Un titre authentique à peu près du même temps (1474), déposé aux archives de Tarbes, prouve d'ailleurs que, quand une femme noble se trouvait héritière, ses biens dans le mariage lui restaient entièrement propres et ne devaient point avoir le caractère dotal[2].

Parlons des roturiers. Les deux Coutumes appliquent à leurs successions le droit d'aînesse sans distinction de sexe, en ligne directe, puis en ligne collatérale, aux frères, sœurs et à leurs descendants[3]. Elles s'arrêtent là et ne nomment pas les oncles, tantes et leur postérité; est-ce un oubli? le fidéicommis restait-il en chemin? Appliquait-on, comme le veut Noguès, le droit écrit, à tel ou tel degré de parenté? Une pareille solution, soutenable en droit strict, est contraire à l'esprit des deux

[1] Dans un procès fameux entre le sieur Dangosse, baron de Corbères, et la dame Durfort-Dastugue, sa sœur aînée. La Cour de la sénéchaussée de Bigorre jugea que la Coutume du Lavedan, générale dans ses termes, n'obligeant pas moins les nobles que les roturiers, le droit d'aînesse sans distinction de sexe leur était également applicable. Ce jugement fut déféré au Parlement de Toulouse, qui n'eut pas à se prononcer, parce que les parties transigèrent (1757). Il résulte des bases de leur transaction qu'elles s'attendaient à une confirmation en appel de la sentence du sénéchal (Noguès, *La Coutume de Baréges conférée avec les Usages du pays du Lavedan*, p. 19 et suiv.).

[2] Il s'agit d'une sentence arbitrale rendue entre Oger, seigneur d'Ossun, époux de Bergunia, fille et héritière de noble Bernard de Baréges, seigneur de Domec-Debat, d'une part, et les syndics de Baréges, de l'autre. Les syndics contestent à Oger d'Ossun la faculté d'envoyer du bétail à certains pacages communs de la vallée, parce qu'il ne saurait avoir ce droit du chef de sa femme, laquelle n'a pu le lui communiquer. Feu Bernard de Baréges avait le droit en question, et il a passé à sa fille et héritière Bergunia, épouse d'Oger d'Ossun ; mais la maison de Domec n'est point dotale (*lodit hostau de Domec no es dotau*). Parchemin, série E, n° 18, des Archives du département des Hautes-Pyrénées.

[3] Baréges, 1, 6; Lavedan, 1, 2.

Coutumes et même au sens de quelques-uns de leurs articles[1].

En ce qui touche le régime du mariage, je ne reviendrai pas sur l'extrême sujétion où se trouvait le mari dotal par rapport à l'héritière son épouse ; qu'il me suffise de dire que le commentateur Noguès ne trouve pas mieux que de le comparer, pour les acquisitions qu'il peut faire et les engagements qu'il peut prendre, au fils de famille et à l'esclave romain[2]. La Coutume de Baréges appelle elle-même *esclaves* les cadets et cadettes qui, astreints au service de leur aîné, s'ils l'abandonnent pour se placer ailleurs, ne peuvent lui demander de légitime qu'en rapportant les bénéfices qu'ils ont faits[3]. Une opinion commune dans le pays voulait qu'ils rapportassent tout ce qu'ils avaient gagné même en plus du chiffre de leur légitime[4]. La Coutume de Lavedan n'obligeait les puînés au rapport que pour les gains qu'ils avaient faits du vivant de leur père héritier ou de leur mère héritière[5].

Dans l'une et l'autre Coutume, les propres, biens avitins, biens de souche, comprenaient tous les biens qui avaient passé par plusieurs ou même une seule succession, en sorte que ce que l'on nomme d'ordinaire les *propres naissants* étaient englobés dans les propres. Les acquêts, dont nous savons déjà que la disposition était libre, étaient exclusivement les produits de l'industrie de la personne, ou les legs et dons qui lui avaient été faits[6]. A défaut de disposition, ils tombaient, comme les

[1] Les articles 3, *in fine*, 4, 19 de la Coutume de Baréges font entendre, à mon sens, que la succession coutumière s'étendait à tous les degres.

[2] Le mari dotal acquiert pour sa femme, mais il ne peut l'obliger que dans la mesure où elle-même profite des contrats qu'il a faits. C'est à ce point de vue que la Coutume de Baréges se place pour valider les aliénations que les maris consentent des biens de leurs femmes, « pour payer les dettes passives des maisons, ainsi qu'est trouve convenable pour l'utilité de la maison » (10). Mais la Coutume de Lavedan ne leur accorde pas ce droit (Noguès, *op. cit.*, p. 226). La femme héritière peut librement contracter, aliener, ester en justice, sans autorisation : elle est paraphernale au sens du droit écrit (*Ibid.*, p. 232).

[3] Baréges, 16.

[4] Noguès, *op. cit.*, p. 318 et suiv.

[5] Lavedan, 9.

[6] Baréges, 7 ; Noguès, *op. cit.*, p. 170.

propres, dans le fidéicommis coutumier, se transmettaient comme eux, et il n'y avait en tout qu'un ordre de succession[1]. Seulement, dans la Coutume de Lavedan, les acquêts « faits à la guerre ou autrement par les fils de famille ou gendres, nobles, docteurs, avocats, médecins, prêtres, ou autres personnes sacrées, » baptisés du nom romain de *pécule castrense* ou *quasi-castrense*, suivaient par exception les règles du droit écrit[2].

En général, on peut dire que les propres n'avaient dû être premièrement qu'en usufruit dans les mains des chefs de famille, et qu'il n'était permis de les aliéner qu'en cas de besoin ou d'utilité reconnue. Les articles 4 et 5 de la Coutume de Baréges rappellent bien cet ancien droit, mais on y voit aussi que le progrès des mœurs avait amené, au profit des personnes sans enfants, une faculté de disposer, même à titre gratuit et pour moitié, qui n'était certainement qu'une nouveauté relative. Dans la Coutume de Lavedan, il y avait une quotité disponible des propres, un quart, même pour ceux qui avaient des enfants[3]. Les légitimaires sans enfants pouvaient, dans les deux Coutumes, disposer du quart de leur dot[4]; les trois quarts restant revenaient de droit à la maison de souche; mais les dots pouvaient être « mangées ou consumées par les dettes et hypothèques » desdits légitimaires, et n'étaient point, comme dans le Béarn, un patrimoine inaliénable jusqu'au retour[5].

Il semble que les facultés plus ou moins étendues que les deux Coutumes laissaient aux parents pour aliéner leurs biens aient mis leurs enfants en défiance, et que tous en commun cherchassent à se prémunir contre l'éventualité d'une atteinte portée à leur fortune. Car je lis dans une foule de contrats de mariage du milieu du dix-huitième siècle, passés à Argelès, que

[1] Baréges, 1; Lavedan, 1.

[2] Lavedan, 7. — Les mêmes biens, dans la Coutume de Baréges, étaient exceptés du rapport que devaient les cadets qui demandaient leur légitime, par argument du silence de l'article 16 à leur égard (Noguès, *op. cit.*, p. 322).

[3] Lavedan, 1.

[4] Baréges, 9; Lavedan, 3.

[5] En Béarn, les légitimes sujettes au retour dotal ne pouvaient être engagées, hypothéquées ni distraites, même au profit des dots postérieurement reçues dans les maisons des légitimaires : usage immémorial, suivant le règlement de 1641.

les parents de l'époux héritier (garçon ou fille) l'instituent par avance « héritier universel de touts et chacuns leurs biens presens et advenir, sen reservant neanmoins ladministration et jouissance pendant leur vivant pour le consommer ensemble a meme pot et feu, la disposition de la quatrieme partie d'iceux et de legitimer leurs autres enfants suivant la portée de leurs biens[1]... » Ainsi les parents se restreignent à l'administration et jouissance de leur patrimoine. Et lorsqu'en 1768 les deux Coutumes étant réformées et fondues en une seule, leur droit d'aliéner est énergiquement constaté par la loi nouvelle, ils sentent le besoin d'ajouter aux garanties qu'ils donnent à leurs enfants, et alors apparaît dans les contrats de mariage une clause qui nous ramène aux plus vieilles traditions : les parents de l'aîné, fils ou fille, qui se marie, ne pourront vendre ni aliéner leurs biens sans le consentement exprès du nouveau ménage, sauf le cas de maladie ou autre pressant besoin[2]. Cette clause, jointe au legs de la quotité disponible, est journellement encore proposée aux notaires du pays, qui l'acceptaient il n'y a pas fort longtemps.

On sait que dans les provinces dont nous étudions l'ancien droit, le mariage avait généralement pour objet d'associer un aîné avec une cadette, ou une fille aînée avec un cadet. Quelquefois il arrivait que deux familles eussent en même temps deux enfants à marier chacune, et qu'une double union fût possible. Elle avait lieu, et, pour éviter le payement réciproque des dots, les cadets ou cadettes qui changeaient de maison (car les aînés demeuraient à leur place) étaient réciproquement substitués dans les droits légitimaires qui pouvaient leur compéter dans leur maison natale, et qu'ils acquéraient dans la maison de leur établissement. Cet arrangement, dont j'ai vu des exemples dans des contrats de Villelongue, en Lavedan, du seizième siècle, portait dans le pays le nom de *biscamby* (double échange), et plus vulgairement de *couhouroun* (fusion)[3]. Il avait pour objet

[1] J'emprunte ces termes précis à un contrat de mariage, retenu le 9 avril 1760 « au lieu d'Argelès, » par Magentie, « notaire royal, » et dont la minute est déposée dans l'étude de feu M. Sassère.

[2] C'est ce que porte, entre autres, un contrat de mariage reçu à Argelès en avril 1774 par Duhort, notaire royal (p. 185 du registre de M. Sassère).

[3] *Biscamby* : de *bis* et *cambia*, changer. — *Couhouroun*, ailleurs *couhousoun* : du latin *confundere*, *confusum*.

de modifier le moins possible l'assiette des patrimoines, car tout ici tendait à l'immobilité.

Les cadets aussi se mariaient parfois entre eux et sous des régimes divers. Tantôt l'un d'eux, le mari ou la femme, se déclarait héritier, et l'autre conjoint était seulement dotal ; tantôt les deux époux restaient sur le même pied, chacun avec sa légitime, et sans communauté [1] ; tantôt ils adoptaient la société d'acquêts ; ce qui prouve bien que ce régime n'était pas foncièrement dans l'usage du pays.

Il y avait quelques différences entre les Coutumes de Baréges et de Lavedan, outre celles que j'ai déjà signalées. En Lavedan, l'ordre du retrait était le même que celui de succession ; à Baréges, le retrait appartenait au parent le plus proche [2]. En Lavedan, les prêtres héritaient ; à Baréges, ils étaient réduits à une légitime, comme ne pouvant pas perpétuer une famille [3]. Enfin dans la ville de Lourdes, soumise d'ailleurs au même droit que le Lavedan, le privilége de masculinité avait envahi une seule rue, la rue du Bourg [4] ; et dans le marquisat de Bénac et le pays de Rivière-Ousse, auquel il faut aussi rapporter Lourdes, les cadets, époux dotaux de l'un ou l'autre sexe, pouvaient instituer héritier de leur dot un de leurs enfants à leur choix ; s'ils n'avaient point disposé, leurs enfants succédaient par têtes [5]. — A ces différences près, les deux Coutumes se ressemblaient parfaitement.

[1] Noguès, *op. cit.*, p. 265.

[2] Lavedan, 11 ; Baréges, 17.

[3] Baréges, 2 : « Le premier né... ne peut être héritier... si de droit il est inhabile au mariage... » Toutefois les prêtres protestaient, et le savant Noguès prenant parti contre eux, ils jugeaient son livre digne des « flammes temporelles. »

[4] Lavedan, 8.

[5] Lavedan, 10. — Cet article n'a en vue que les enfants d'un seul lit, car la postérité d'un second mariage ne concourt point sur la dot constituée en vue d'un premier. Sans doute, la Coutume de Baréges autorise l'époux dotal devenu veuf à emporter dans un nouveau ménage : le mari, la moitié de sa dot ; la femme, sa dot entière ; mais ni l'un ni l'autre ne doivent disposer de ce bien au préjudice des enfants du premier lit (art. 25).

CHAPITRE IV

COUTUMES D'ACS, DE SAINT-SEVER, DE BAYONNE. USAGES DE L'ANDORRE. FUERO DE VISCAYA.

L'étude du droit, de la constitution de la famille, peut aider à résoudre des problèmes ethnologiques. La Coutume d'Acs nous en donne une preuve frappante. Cette Coutume, par ses dispositions seules, nous permet d'entrevoir la double origine des populations qu'elle régissait dans les Landes, au nord du pays basque. Je ne puis songer à faire l'exposé synthétique d'un droit qui se rapporte à deux types très-divers; je vais seulement indiquer les traits essentiels, en suivant l'ordre du texte. Les principes établis, je tirerai les conséquences.

La Coutume d'Acs, réformée en 1514, débute par une distinction des biens, qui nous est familière : biens avitins, propres anciens, d'une part, dont la disposition, sauf certaines tolérances, est interdite à titre gratuit; biens acquêts, comprenant les propres naissants, dont la disposition est libre. En outre, les meubles, quels qu'ils soient, sont toujours disponibles [1].

La matière des successions, pour nous la plus importante, est ici singulièrement complexe [2]; les règles de préférence entre les héritiers varient suivant les lieux, et, pour en montrer la distribution géographique, pour les ramener à des types généraux, j'ai dû user d'une grande attention et ne jamais perdre la carte de vue. Pour l'ensemble, je dirai tout d'abord qu'on trouve, dans la Coutume d'Acs, le droit d'aînesse sans distinction de sexe des Basques; à côté de ce droit, l'égalité des partages entre enfants, qui très-probablement est d'origine celtique; et, brochant sur le tout, la succession *par ventrées*, ou division égale entre les lits, qui paraît avoir la même origine.

Voici maintenant des détails plus précis :

Aux maisons nobles hérite le premier mâle; à défaut de mâle, la première femelle. Ce droit d'aînesse emporte tous les biens sans distinction [3]. Les puînés n'ont que des légitimes, qui, s'ils

[1] Coutumes d'Acs, tit. I.
[2] *Ibid.*, tit. II.
[3] *Ibid.*, tit. II, art. 1 et 6.

meurent sans enfants, retournent au frère aîné, ou à la sœur aînée, qui les a apanagés[1]. Où il y a plusieurs lits, l'hérédité se partage également entre les lits, sans égard au nombre relatif des enfants de chacun d'eux; puis, pour chaque lit, on observe les règles ci-dessus; seulement, l'aîné du premier mariage a, par préciput, le *capdeulh* (*capitolium*), c'est-à-dire la maison patrimoniale par excellence[2].

Aux biens ruraux, la succession est réglée très-diversement, suivant les lieux. Vers le sud du ressort, on trouve plutôt le droit d'aînesse, et l'égalité vers le nord. Tantôt l'égalité est absolue, sans distinction de sexe (vers la mer); tantôt les mâles seuls partagent également entre eux et les femelles sont exclues (vers Tartas). Semblablement, le droit d'aînesse a lieu parfois sans distinction de sexe (entre l'ancienne et la nouvelle embouchure de l'Adour); tantôt, et plus communément, il est accompagné du droit de masculinité (entre l'Adour, le Béarn et la Basse-Navarre). A Tartas (ville), les mâles partagent également, sans les femelles, les biens paternels, et, avec elles, les biens maternels. Les changements opérés nommément dans la Coutume, par suite de sa réforme, nous montrent cette tendance : introduire le droit de masculinité. Nous voyons le droit d'aînesse sans préférence de sexe se transformer en droit d'aînesse et de masculinité. Nous voyons le partage égal entre tous les enfants devenir ici un partage égal entre les mâles seuls, et là faire place au droit d'aînesse des mâles, et, à leur défaut, des femelles[3].

Les successions se font par ventrées, où il y a plusieurs lits, en appliquant aux enfants de chaque lit les principes de la succession où il n'y en a qu'un seul[4]; sauf sur quelques points de partage égal, où les enfants de divers mariages sont appelés par têtes; sauf sur un point de droit d'aînesse sans distinction de sexe (Sames), où l'aîné, fils ou fille, du premier mariage, succède universellement[5] : ce qui est tout à fait basque.

Les biens avitins, où il n'y a ni enfants *ni frères*, vont à l'ascendant de la ligne de laquelle ces biens sont provenus[6].

1 Coutumes d'Acs, tit. II, art. 7.
2 *Ibid.*, tit. II, art. 8, 9.
3 *Ibid.*, tit. II, art. 14, 15.
4 *Ibid.*, tit. II, art. 20.
5 *Ibid.*, tit. II, art. 21.
6 *Ibid.*, tit. II, art. 22.

Les biens acquis nouvellement par le décédé, au même cas, vont, sans considération de ligne, à l'ascendant mâle le plus proche, ou à défaut de mâles, à l'ascendante la plus proche, aux lieux où le mâle exclut la femelle ou en héritages nobles ; ils vont aux ascendants les plus proches en même degré, par têtes, aux lieux où tous ceux qui sont en même degré succèdent[1].

En ligne collatérale, les principes de préférence ou d'exclusion admis en ligne directe s'appliquent, et la représentation a lieu à l'infini[2].

Un article admet un concours d'ascendants et de frères et sœurs, suivant le droit commun des successions[3].

Un autre dit que, généralement, les propres naissants dans la personne d'un décédé *ab intestat* suivent la ligne d'où ils sont venus[4]. Ainsi, dans la coutume d'Acs, il n'y a point de succession particulière aux acquêts dans la ligne descendante ; il y en a une dans les lignes ascendante et collatérale, mais qui ne comprend que les acquêts proprement dits.

Au sujet du mariage, je trouve qu'un gendre, comme une bru, peut porter quelque somme d'argent, qui est reconnue par le beau-père ou la belle-mère, et garantie sur le bien de l'un ou de l'autre[5]. L'époux dotal, qui survit sans enfants, peut répéter sa dot, et a en garantie un droit de jouissance, d'*emparence*, sur tous les biens du conjoint prédécédé[6]. Mais s'il a des enfants et qu'il se remarie, il ne recouvre que la moitié de son apport[7]. — La femme est libre de tester de la dot qui lui a été constituée par un étranger sans stipulation de retour[8]. — Il faut mandement exprès de la femme au mari pour que celui-ci puisse exercer en justice les droits de son épouse[9]. — Il n'est pas question de communauté d'acquêts.

[1] Coutumes d'Acs, tit. II, art. 23, 24.
[2] *Ibid.*, tit. II, art. 17 à 24.
[3] *Ibid.*, tit. II, art. 26.
[4] *Ibid.*, tit. II, art. 30.
[5] *Ibid.*, tit. III, art. 4.
[6] *Ibid.*, tit. IV, art. 5. — Les articles 6 et 7 font exception à l'article 5 pour des lieux de partage égal en succession, où le survivant dotal a seulement le droit de se faire nourrir dans la maison du défunt jusqu'à ce qu'il soit payé de sa dot.
[7] Coutumes d'Acs, tit. IV, art. 8.
[8] *Ibid.*, tit. IV, art. 11.
[9] *Ibid.*, tit. IV, art. 16.

Comme on le voit par cet exposé sommaire, la Coutume d'Acs contient des dispositions de droit basque : la dotalité des maris, le droit d'aînesse sans distinction de sexe, signes probables de l'existence, dans le ressort, d'un fonds de population ibérienne ; et d'autres dispositions différentes, comme l'égalité absolue des partages, que je crois devoir rapporter à des infiltrations celtiques pressenties par l'histoire et que le droit confirme. En effet, voilà côte à côte, dans des localités toutes voisines, le droit d'aînesse sans distinction de sexe, et l'égalité des partages sans distinction de sexe non plus. Ces deux modes de succession sont irréductibles l'un à l'autre et dérivent sûrement de sources différentes. Ni l'un ni l'autre ne doivent provenir d'une mesure législative imposée du dehors, car si une telle mesure avait été prise, elle aurait été appliquée uniformément à la contrée et non capricieusement ici et là. Il est de la plus grande probabilité que le droit d'aînesse sans distinction de sexe et le système du partage égal entre tous les enfants dérivaient respectivement des mœurs diverses de populations d'origine différente, et de leur manière contraire d'envisager et d'organiser la famille.

Mais quand je trouve le droit d'aînesse joint au droit de masculinité, je ne puis dire si ce droit d'origine féodale a remplacé l'un ou l'autre des deux systèmes que j'énonçais tout à l'heure : car je vois, lors de la réformation de la Coutume, ces deux systèmes aboutir tour à tour, par la volonté des habitants, au droit d'aînesse et de masculinité féodal.

Ailleurs, le partage égal entre tous les enfants est maintenu entre les frères, à l'exclusion des sœurs : d'où il y a lieu de conclure que plus d'une fois sans doute l'exclusion des femelles a été introduite dans les successions où primitivement elle n'était pas.

A l'est du ressort d'Acs et au nord du Béarn, la Coutume de Saint-Sever, de 1514, nous offre encore quelques vestiges du droit basque, mais un peu effacés et douteux.

Dans cette Coutume, comme dans la précédente, les préférences entre les héritiers de même ordre varient singulièrement d'une localité à l'autre ; il y a sous ce rapport des monstruosités juridiques qui, toutefois, comme les monstres de la nature, doi-

vent s'expliquer par des circonstances de milieu, par des combinaisons d'éléments qui excluent le pur caprice.

En général, la succession du père ou de la mère est déférée au premier mâle d'un même mariage [1]; et s'il n'y a que des filles du mariage, aux filles, par têtes [2]. Comme dans la Coutume d'Acs, les successions ont lieu par ventrées [3]. Ces règles s'appliquent aux biens nobles, dans tout le ressort, et aux biens roturiers, sauf exception pour ceux-ci [4]. Aux biens nobles seulement, l'aîné du premier mariage a la maison principale, le *capdeulh*, par préciput [5].

Là où l'aîné succède, toutes successions qui après viennent, soit par droite ligne ou collatérale, appartiennent audit aîné [6].

Là où tous enfants mâles ou plusieurs femelles succèdent également, toutes successions après venant sont déférées auxdits fils et filles également [7], sauf exception dans la ville de Saint-Sever [8].

On suit la règle *paterna paternis*, *materna maternis* [9]. — La représentation a lieu à l'infini dans les deux lignes [10].

A Saint-Sever et dans une foule de localités généralement situées dans le nord du ressort, les mâles d'un même mariage succèdent par têtes, excluant les femelles [11]; c'est le droit de masculinité, mais non le droit d'aînesse. Toutefois, dans quelques-unes de ces mêmes localités, les filles concourent avec les mâles sur les biens maternels [12]; indice, selon moi, d'une égalité première, entière, entre les deux sexes. A Montagut, poussant plus loin le privilége de masculinité, le mâle ou les mâles d'un mariage déboutent même les filles d'autres mariages [13]. A Ser-

[1] Coutumes générales de Saint-Sever, tit. XII, art. 14.
[2] *Ibid.*, tit. XII, art. 21.
[3] *Ibid.*, tit. XII, art. 22, 23, 24.
[4] *Ibid.*, tit. XII, art. 25.
[5] *Ibid.*, tit. XII, art. 26.
[6] *Ibid.*, tit. XII, art. 27.
[7] *Ibid.*, tit. XII, art. 28.
[8] *Ibid.*, tit. XII, art. 29.
[9] *Ibid.*, tit. XII, art. 13, 43.
[10] *Ibid.*, tit. XII, art. 42.
[11] *Ibid.*, tit. XII, art. 30.
[12] *Ibid.*, tit. XII, art. 31.
[13] *Ibid.*, tit. XII, art. 35.

ront, les enfants de divers mariages succèdent à leur père ou mère par têtes et non par lits, ce qui est l'exclusion des successions par ventrées; mais les mâles d'un même mariage en déboutent les femelles[1], ce qui est un retour à la considération des lits. Et il y a des points sur lesquels l'aîné du premier mariage a moitié, et les aînés des autres mariages l'autre moitié[2].

On voit jusqu'à présent, dans ces dispositions, un fonds commun, ce me semble, l'égalité des partages entre les deux sexes, altérée successivement et de façons diverses par l'invasion du droit de masculinité, d'une part (c'est la part la plus forte), et du droit de primogéniture, réservé aux mâles seuls, de l'autre. Mais voici pour un bon nombre de lieux situés au sud du ressort, dans le voisinage du Béarn, des dispositions d'un autre ordre. Là, les mâles ont bien le droit d'aînesse d'abord, mais, à défaut de mâles, les femelles l'ont aussi, sans considération de ventrées, à une condition toutefois, c'est qu'il ne leur soit né aucun frère vif qui soit mort[3] : comme si le frère vivant, ayant recueilli le droit d'aînesse au détriment de ses sœurs, devait encore l'emporter avec lui dans la tombe! Cette condition bizarre ne vient point s'opposer au droit d'aînesse des filles, à défaut de mâles, sur trois points dénommés : la baronnie de Castetnau en Chalosse, Roquefort et Arbocane, où il s'exerce entre enfants de même mariage[4]; et même, dans la baronnie seulement, le premier mâle du premier mariage, et, en défaut de mâles du premier lit, la fille aînée du même lit déboute tous autres enfants[5].

Ce droit d'aînesse des filles ne se retrouvant pas dans le reste du ressort de Saint-Sever pour les biens roturiers, ni même pour les biens nobles, sur aucun point du ressort, paraît être dérivé ici d'un droit d'aînesse plus absolu, qui s'exerçait jadis sans distinction de sexe, selon les usages basques; et telle est la trace que ces usages auraient laissée dans la Coutume de Saint-Sever.

Au-dessus du ressort de cette Coutume, dans le pays de Marsan, Tursan et Gabardan, il n'est déjà plus question que d'éga-

[1] Coutumes générales de Saint-Severt, tit. XII, art. 39.
[2] *Ibid.*, tit. XII, art. 40.
[3] *Ibid.*, tit. XII, art. 37.
[4] *Ibid.*, tit. XII, art. 41.
[5] *Ibid.*, tit. XII, art. 38.

lité dans les partages. Aux biens paternels, les fils succèdent par têtes (sauf le droit d'aînesse aux maisons nobles) et excluent leurs sœurs [1]; aux biens maternels, ils concourent avec elles [2]. Où il y a plusieurs lits, aux biens paternels les enfants succèdent par ventrées [3]. Aux biens fraternaux, le frère déboute la sœur [4]. — La règle *paterna paternis* [5] et la représentation [6] sont admises. — Le mari survivant gagne, en augment, un tiers de la dot de sa femme, appelée inexactement *douaire* [7]. — Ce simple coup d'œil jeté sur la Coutume de Marsan nous montre par quel chemin (du nord au sud) est entré dans la vieille Aquitaine le principe du partage égal soit entre les enfants, soit entre les lits.

J'entrevois le même principe d'égalité dans l'ancienne Coutume de Bordeaux (an 1238 à 1344), où, quelles que fussent les facultés testamentaires du père, la mère, du moins, ne pouvait priver ses enfants des parts égales auxquelles ils avaient droit dans sa succession [8]. Il est probable que les mâles et les femelles concouraient également en ligne directe et en collatérale [9]; seulement, suivant une tendance commune, que j'ai déjà signalée et qui peut-être imputée aux idées féodales, les mâles gagnèrent toujours, tandis que les femelles perdirent. Ainsi, en 1205, les bourgeois bordelais obtinrent du roi d'Angleterre que leurs filles mariées et dotées seraient exclues des successions paternelle et fraternelles, lorsqu'elles se trouveraient en concours avec des frères [10]; et ils obtinrent aussi que leurs femmes seraient privées désormais de la moitié des acquêts du mariage dont elles bénéficiaient à la mort du mari [11]. Ce partage des acquêts pouvait être fort ancien, sans que j'ose dire toutefois d'une

[1] Coutumes de Marsan, Tursan et Gabardan, *Des successions*, art. 1, 6.
[2] *Ibid.*, art. 9.
[3] *Ibid.*, art. 10.
[4] *Ibid.*, art. 11.
[5] *Ibid.*, art. 12.
[6] *Ibid.*, art. 15.
[7] Coutumes de Marsan, Tursan et Gabardan, *Des douaires et mariages*, art. 1.
[8] Anciennes Coutumes de Bordeaux, § 68, 106.
[9] *Ibid.*, § 59, 94, 95, 145, 182, 242.
[10] Elles succédaient à leurs mères, à moins qu'elles n'eussent renoncé. *Ibid.*, § 76, 242.
[11] *Ibid.*, § 202.

manière absolue qu'il était inhérent aux usages spontanés des *Bituriges Vivisci*, le peuple, *celtique* au témoignage de Strabon, qui habitait cette partie de l'Aquitaine.

Je remarquerai pourtant que la Coutume de Bordeaux renferme d'incontestables restes d'un droit singulièrement ancien et qui rappelle des mœurs attribuées aux Gaulois. Il était permis au père de vendre son fils ou de le donner en gage dans une nécessité pressante, pourvu que ce ne fût pas, dit le texte, pour être estropié ou mutilé [1]. Le mari était juge en première instance des procès de sa femme et de sa fille, comme le seigneur de ceux de son sujet, à moins que la femme ne fût marchande publique [2]. Ce tribunal domestique, ce droit de vente barbare pourraient d'autant moins être rapportés aux Romains, que le droit écrit n'arrivait ici qu'en troisième ligne pour combler les lacunes de la Coutume de Bordeaux [3].

En somme, cette Coutume nous montre la femme anciennement égalée aux hommes, quant aux droits pécuniaires, mais leur étant toutefois extrêmement subordonnée. — L'orpheline doit avoir un tuteur jusqu'au jour de son mariage [4]. — La femme mariée est toujours censée mineure ; elle ne peut ni tester [5], ni plaider [6], ni vendre [7], sans l'autorisation maritale ; encore faut-il qu'en vendant, sa dot reste sauve. Obligation consentie par mari et femme ne lie la femme [8] : c'est une protection ; la femme ne peut porter témoignage : c'est une déchéance [9]. — L'ensemble de ces dispositions nous éloigne sensiblement des principes du droit basque ; et nous n'aurions plus à chercher ceux-ci qu'en

[1] Anciennes coutumes de Bordeaux, § 43.

[2] *Ibid.*, § 64.

[3] *Ibid.*, § 228. — Quand la Coutume est muette, à quoi doit-on avoir recours? — *Costuma es en Bordalés, que si lo cas qui s'aben no se pot jutgar segont Costuma, que no ny a punt d'aquet cas, deü hom recorré à las Costumas semblans ; essi no ny a de samblans Costumas, deü hom recorre à rason naturau plus per-medana de la Costuma ; essi aquestas causas defalhen, hom deü recorre à Dreyt escriü.*

[4] *Ibid.*, § 66.

[5] *Ibid.*, § 230.

[6] *Ibid.*, § 224.

[7] *Ibid.*, § 114.

[8] *Ibid.*, § 112.

[9] *Ibid.*, § 66.

Espagne, si une dernière Coutume, la Coutume de Bayonne, ne devait encore nous les rappeler en France.

Bayonne, vieille cité basque, maritime et commerçante, nous offre, en l'an 1514 (date de la réforme de ses lois), un droit de famille empreint d'idées et d'influences diverses. L'abondance, la variété des broderies nous dérobent en partie le canevas primitif. Ce qui en paraît encore, nous allons le montrer en étudiant quelques articles de la Coutume dans l'ordre même où ils ont été placés. Nos explications n'en seront pas moins claires et pourront être plus aisément contrôlées.

La Coutume de Bayonne consacre un vaste titre au retrait des choses vendues. Je n'y veux puiser qu'un fait, c'est que le lignager était préféré au seigneur pour retraire [1], et que le *consort* était préféré au lignager [2]. Qu'est-ce que le *consort*? Un copropriétaire. Il paraît qu'on trouvait à Bayonne un grand nombre de propriétés collectives qui provenaient sans doute d'associations de capitaux, de spéculations en commun. C'est comme un témoignage du génie industriel et commercial de cette ville.

Le régime du mariage est traité dans le titre IX. Nous y voyons de suite que l'un ou l'autre époux, le mari ou la femme, pouvait être dotal; la dot devait être hypothéquée sur tout ou partie des biens du conjoint héritier [3], et l'époux dotal survivant avait l'*emparence* ou jouissance des biens donnés en garantie, jusqu'au payement intégral de sa dot, quand il devait la recouvrer [4]. Ces arrangements sont entièrement conformes à ceux des Coutumes basques de Soule et de Labourt. Mais voici du nouveau, et quelque chose de vraiment singulier. Si le mariage a été fécond, si du mariage il est né enfant vif, et bien qu'il soit mort, le conjoint héritier survivant gagne la dot du prédécédé [5]. Cet avantage énorme est sans réciprocité pour le conjoint dotal. Tout au contraire. Au même cas, si c'est lui qui survit, il perd sa dot; il est vrai qu'il obtient la jouissance, sa vie durant, des

[1] Coutumes de Bayonne, tit. V, art. 10.
[2] *Ibid.*, tit. V, art. 20.
[3] *Ibid.*, tit. IX, art. 1.
[4] *Ibid.*, tit. IX, art. 8.
[5] *Ibid.*, tit. IX, art. 12.

biens qui la garantissaient [1], de moitié de ces biens seulement si ses enfants sont vivants et majeurs [2]; mais à sa mort, ces mêmes biens retournent aux héritiers de son conjoint [3]. Ainsi la naissance d'un enfant, même venant à décéder incontinent, change en un simple usufruit, qui s'éteint à la mort, le droit de propriété de l'époux dotal sur sa dot [4]. Il est à noter que ces dispositions bizarres n'ont point en vue le sacrifice d'un sexe aux intérêts de l'autre, mais s'appliquent au même titre au mari ou à la femme, suivant leur qualité; s'il y a un sacrifice, c'est celui des dots, d'apports mobiliers en général, au profit des héritages, et comme une prime à la fécondité des unions.

« Conjoints par mariage, dit la Coutume de Bayonne, dès la bénédiction nuptiale reçeue en face de sainte mère Eglise, sont communs en tous acquests, tant meubles qu'immeubles, faits durant et constant leur mariage [5]. » Cette communauté entre époux, solennellement datée ici de la consécration religieuse du mariage, se présente à nous avec ce caractère remarquable, que la femme y conserve une certaine liberté d'action à côté de son mari, et qu'en retour le mari a, comme la femme, la faculté de renoncer à la communauté, dans des cas déterminés. Ce régime embrasse tous les biens qu'acquièrent les époux, ou qu'ils reçoivent en don, en legs, par testament ou autrement, durant le mariage [6]. Sont exceptés les biens d'aïeux (avitins) ou d'autres ascendants supérieurs en droite ligne de l'un des conjoints, qui lui arrivent par voie de succession lucrative générale ou particulière. Ces biens lui restent propres et sont dits vulgairement *de papoage* ou *lignage* [7] (une définition plus étroite de ces mots qu'aucune de celles que nous ayons vues jusqu'ici). Le mari a l'administration des acquêts ; il en dispose librement [8], à moins qu'il ne soit prodigue notoire ou que les acquêts n'aient été faits « par la femme et par son industrie, » durant le ma-

1 Coutumes de Bayonne, tit. IX, art. 14.
2 *Ibid.*, tit. IX, art. 17, 18, 19.
3 *Ibid.*, tit. IX, art. 15, 20.
4 *Ibid.*, tit. IX, art. 22.
5 *Ibid.*, tit. IX, art. 24.
6 *Ibid.*, tit. IX, art. 25.
7 *Ibid.*, tit. IX, art. 26, 27.
8 *Ibid.*, tit. IX, art. 28.

riage [1]. Par testament, il ne peut disposer des acquêts sans le consentement de sa femme, « sinon que de sa moitié [2]. »

Les dettes faites durant le mariage sont prises : 1° sur les acquêts ; 2° sur les biens de l'un et de l'autre conjoint, par égalité ; 3° même sur les biens de celui qui en a le plus, quand ceux de l'autre sont épuisés ; 4° même sur les biens qui adviennent au survivant [3]. Mais l'un des conjoints peut renoncer à la communauté en prouvant que, hors le fait de marchandise et sans aucune nécessité, les dettes ont été contractées par l'autre conjoint [4]. Il est souvent question de commerce à Bayonne, et, dans ce cas, des garanties spéciales sont données au crédit. Les dettes que la femme seule contracte, hors le fait de marchandise, si elle est marchande, et autrement que pour l'entretien des biens et du ménage, sont payées sur les biens de la femme, après le décès de l'un ou de l'autre époux [5]. Les dettes qu'elle contracte en qualité de marchande ou dans l'intérêt de la maison sont payées comme dessus [6]. Le mari et la femme, sans le consentement l'un de l'autre, peuvent aliéner « leurs biens de lignée, obvenus par succession générale ou particulière [7]. »

Ces détails nous donnent une idée du régime du mariage adopté chez les Bayonnais. Voyons maintenant la matière des testaments contenue dans le titre XI.

Le père et la mère peuvent disposer en toute liberté, entre leurs enfants seulement, des biens papoaux ou avitins, laisser le tout à l'un d'eux, à l'exclusion des autres [8], sauf la *lar*, ou maison principale, qui demeure au premier mâle ou, à défaut de mâle, à la première femelle [9]. Celui qui n'a point d'enfants peut laisser les avitins à l'un quelconque ou à plusieurs des parents « dont les biens sont venus [10], » excepté la *lar*, qui demeure au premier frère ou à celui qui le représente, ou à la sœur

1 Coutumes de Bayonne, tit. IX. art. 29.
2 *Ibid.*, tit. IX, art. 30.
3 *Ibid.*, tit. IX, art. 33, 36.
4 *Ibid.*, tit. IX, art. 34, 35.
5 *Ibid.*, tit. IX, art. 38, 39.
6 *Ibid.*, tit. IX, art. 40.
7 *Ibid.*, tit. IX. art. 43.
8 *Ibid.*, tit. XI, art. 6.
9 *Ibid.*, tit. XI, art. 7.
10 *Ibid.*, tit. XI, art. 11.

après, s'il n'y a frère [1]; et s'il n'y a frères ni sœurs, ni qui les représente, à l'aîné des cousins germains, « et ainsi des autres en plus loin degré, en défaut de cousins germains [2] ». Quant aux acquêts, toute personne d'âge de tester (quatorze et treize ans), même étant en puissance, ayant des enfants ou non, peut disposer à son gré des biens par elle et son industrie acquis [3].

Il y a ici deux principes à relever : un principe relativement moderne, la faculté de tester des propres, s'exerçant par un choix entre les héritiers de même ordre (comme dans l'ancienne et la nouvelle Coutume de Bordeaux[4]); et un principe ancien, la transmission obligatoire de la maison principale, par droit de primogéniture; nous devons ajouter : et de masculinité; toutefois il est probable que, sur ce terrain basque, le droit d'aînesse dut s'exercer jadis sans distinction de sexe.

Le titre XII, *Des successions légitimes*, vient corroborer cette idée; car il proclame partout le principe d'égalité dans les partages, et la réserve qu'il fait du droit de primogéniture dans la succession de la *lar* ne s'annonce pas du tout comme une innovation due à l'esprit féodal, mais apparaît plutôt comme une dernière sanction donnée à un droit d'aînesse antique et coutumier.

Quoi qu'il en soit, voici l'ordre des successions fixé par la Coutume de Bayonne.

En ligne directe, tous les enfants succèdent par têtes, sans distinction de sexe — la représentation admise — à tous biens avitins et acquêts « non assignez par mariage », c'est-à-dire non hypothéqués à la sûreté des dots. Excepté en la *lar* ou maison principale, laquelle est due par préciput à l'aîné mâle, et, à défaut de mâle, à l'aînée femelle [5]. Entre plusieurs maisons principales venues du même côté, l'aîné en choisit une [6]. Il a droit à autant de maisons principales qu'il en est venu de divers

[1] Coutumes de Bayonne, tit. XI, art. 12.
[2] *Ibid.*, tit. XI, art. 13.
[3] *Ibid.*, tit. XI, art. 1, 14.
[4] Anciennes Coutumes de Bordeaux, § 59, 182; Coutumes nouvelles, art. 61, 63, 77.
[5] Coutumes de Bayonne, tit. XII, art. 3.
[6] *Ibid.*, tit. XII, art. 4, 5.

côtés des ascendants en droite ligne [1]. S'il n'y a dans la succession d'autre bien que la *lar*, les puînés sont réduits à rien [2]. — Les enfants d'un lit excluent ceux d'un autre lit aux biens assignés à la dot du mariage dont ils proviennent [3].

En ligne collatérale, il y a concurremment plusieurs ordres de succession qui s'appliquent aux biens, selon leur origine. La Coutume expose péniblement l'ordre commun aux biens avitins et aux acquêts faits par les père et mère du défunt, avant la célébration de leur mariage. Elle paraît adopter à leur égard le principe des Coutumes souchères, où, pour succéder, il fallait être nécessairement issu du premier acquéreur [4]. A défaut d'héritiers de cette qualité, elle appelle les héritiers aux acquêts. Avec ceux-ci, une moitié des biens est réservée pour *l'âme* [5], c'est-à-dire consacrée à dire des messes. Il y a un cas où, si le défunt était marié, trois parts sont faites : une pour l'âme, une pour le conjoint, une pour les parents [6].

Toutes les fois qu'il y a des héritiers issus de l'acquéreur, la *lar* est due par préciput à l'aîné mâle de ceux qui succèdent, ou, à défaut de mâle, à l'aînée femelle [7].

La *lar* due par droit d'aînesse est la maison principale, qui a passé de degré en degré, de l'aïeul au petit-fils, sans sauter sur le père, qui l'a eue à son tour et avant son fils [8]. On compte autant de *lars* qu'il y a de maisons nommées de divers noms, provenant d'aïeul ou de plus haut *branchage* en droite ligne [9].

[1] Coutumes de Bayonne, tit. XII, art. 6.

[2] *Ibid.*, tit. XII, art. 7.

[3] *Ibid.*, tit. XII, art. 8.

[4] Voici l'ordre dans lequel les héritiers sont appelés : 1° les frères et sœurs, sans distinction, germains ou du côté dont les biens proviennent, et leur postérité par *branchages* (*ibid.*, tit. XII, art. 25, 26) ; 2° les collatéraux les plus proches de *branchage* pareil ou plus bas que le défunt, descendants du *tronc* de l'acquérant (art. 29) : tant qu'il y a des héritiers de cet ordre, on ne remonte pas (art. 24) ; 3° les plus proches du *branchage* plus haut que le défunt, descendants du *tronc* de l'acquérant, ce qui ne peut avoir lieu que pour les avitins (art. 31).

[5] *Ibid.*, tit. XII, art. 32.

[6] *Ibid.*, tit. XII, art. 33.

[7] La Coutume le dit expressément pour deux seulement des trois classes d'héritiers. (*Ibid.*, tit. XII, art. 27, 30.)

[8] *Ibid.*, tit. XII, art. 35.

[9] *Ibid.*, tit. XII, art. 36.

Deux ordres de succession s'appliquent aux biens acquêts : l'une aux biens acquis par le défunt lui-même; l'autre aux biens acquis par ses père et mère, et qui lui sont parvenus. Dans l'un et l'autre de ces ordres, une moitié est réservée pour *l'âme,* c'est la part du clergé ; l'autre moitié est déférée aux père et mère, en première ligne [1]. Le reste du système admet, comme l'a remarqué Merlin, un singulier mélange des lois romaines et de notre ancien droit [2]. On y voit figurer le privilége romain du double lien, la règle coutumière *paterna paternis,* l'ancien partage des biens entre les deux lignes paternelle et maternelle. Dans un cas, si le défunt était marié, une division tripartite avait lieu comme ci-dessus [3].

Je m'arrête un moment sur la libéralité de la Coutume de Bayonne en vue d'assurer le repos de l'âme des morts. Ce souci me rappelle une curieuse ordonnance d'un vicomte de Bayonne, prescrivant à ses sujets de léguer à l'évêque une part déterminée de leur fortune, et à celui-ci de leur donner ses prières en échange. On trouve dans Marca une analyse de cet acte, en date de 1150, tiré des chartes de l'évêché de Bayonne [4]. Le savant historien ajoute qu'une semblable pratique pouvait exister dans le diocèse de Lescar, au douzième siècle. Ces contraintes

[1] Viennent ensuite, aux acquêts personnels du défunt : 1° les frères et sœurs germains, ou leurs descendants par *branchages*; 2° les frères et sœurs d'un seul côté, ou leurs descendants, de même; 3° les parents les plus proches dans chaque ligne, après partage égal entre les deux lignes (tit. XII, art. 10 à 15). Sont appelés aux acquêts des père et mère du défunt, après ses père ou mère : 1° les frères et sœurs germains, en concours avec les frères et sœurs du côté d'où les biens sont venus, et leur postérité; 2° les plus proches parents descendants du côté des biens, appelés vulgairement *riere-neveux*; 3° les plus proches dans chaque ligne, après division entre les deux lignes, comme dessus (tit. XII, art. 16 à 21). Dans les deux ordres, quand le défunt était marié et ne laissait ni père, ni mère, ni frères, sœurs ou neveux, les biens étaient divisés en trois parts, dont l'une pour le conjoint, une pour l'âme, une pour les parents appelés à succéder, selon les distinctions qui précèdent (tit. XII, art. 22, 23).

[2] Merlin, *Répertoire de jurisprudence,* au mot DOUBLE LIEN.

[3] Coutumes de Bayonne, tit. XII, art. 32, 33.

[4] « Ordonnance du vicomte de Bayonne Bertran pour obliger ceux de Labour et d'Arberoue à léguer des chevaux et autre bestail en faveur de l'église cathédrale de Bayonne. » *Histoire de Béarn,* Paris, 1640, p. 451, 452.

pieuses, auxquelles accédait l'avidité du clergé, ne laissent pas de caractériser une époque.

En dehors des Coutumes que je viens d'examiner en détail, je n'aperçois plus, dans le midi de la France, de traces sensibles du droit basque. Je sais bien que, sous l'empire du droit écrit et dans les Coutumes qui, comme celle de Lomagne, admettaient des quotités disponibles, il était d'usage d'avantager les aînés [1]; mais cet usage, généralement accompagné de la préférence des mâles sur les femelles, pouvait provenir des idées aristocratiques, du désir raisonné de conserver dans les familles l'unité des patrimoines, et n'avoir rien de commun avec un droit d'aînesse spontané, primitif, qui se serait appliqué jadis sans distinction de sexe. L'idée qu'une fille aînée, quand elle est industrieuse, active, peut, mariée de bonne heure, continuer une exploitation agricole préférablement à ses frères cadets, qui ne sont point encore en âge de s'établir, a dû même, en plus d'une occasion, faire attribuer à des filles les quotités disponibles. Un écrivain qui a publié sur les femmes des temps anciens et modernes des études très-intéressantes, M. Jules Baissac, m'a assuré que de nos jours, dans les Cévennes, les filles aînées jouissent d'une grande considération, se marient dans la maison paternelle et sont souvent avantagées, bien qu'elles aient des frères cadets. Mais de ces pratiques facultatives, arbitraires, au régime du droit d'aînesse sans distinction de sexe des Basques, il y a une distance que l'on ne saurait combler par de simples hypothèses.

Dans l'Ariége, et ici je me rapproche davantage des Pyrénées, on me cite une localité (Mazères) où il serait dans les mœurs d'attribuer toujours la quotité disponible au premier-né des enfants, soit garçon, soit fille. Si ce fait est exact, s'il s'étend à des localités voisines, il est d'autant plus remarquable que, dans la petite république d'Andorre, qui confine à l'Ariége et dont les usages sont antiques, un fait analogue m'a été signalé. Là, d'après des renseignements qui me sont parvenus en 1860, les père et mère choisiraient ordinairement pour héritier le pre-

[1] Pour la Lomagne, voir Cassassoles, *Notices historiques sur la ville de Lectoure*, p. 79, Auch, 1839.

mier-né de leurs enfants, soit mâle, soit femelle; et, à défaut d'enfants et descendants, l'héritier *ab intestat* serait le premier frère ou la première sœur du défunt [1]. L'excellente brochure anonyme *De l'Andorre*, publiée à Toulouse en 1823, mentionne bien le droit de primogéniture [2], mais le dit associé au droit de masculinité. Si mes renseignements devaient se vérifier, il en résulterait une certitude de plus en faveur de l'ancienne extension de la race basque sur toute la chaîne des Pyrénées.

C'est en Espagne que se trouvent, sans comparaison, les plus nombreux représentants de cette race, groupés dans les provinces basques proprement dites et dans la Navarre. Ces groupes, très-importants, ont dans l'histoire de la Péninsule une page considérable qui nous les montre associés de bonne heure aux poursuites les plus hautes des monarchies indigènes, à leurs luttes nationales, religieuses et politiques. Or dans l'ancienne rénovation de l'Espagne, dans son affranchissement graduel du joug des Maures, ce qui domine, c'est l'esprit visigothique et chrétien, d'autant plus puissant qu'il émanait d'une civilisation antérieure, qui avait créé des mœurs raisonnées et des lois très-nombreuses, très-précises, que l'on retrouve au fond de toutes les législations de la Péninsule. C'est ainsi que, pour m'en tenir à la zone des Pyrénées, il n'est point difficile d'apercevoir de suite dans les Constitutions de Catalogne, dans les *Fueros* d'Aragon, dans les *Fueros* de Navarre, l'empreinte irréfragable du droit visigothique.

Le *Fuero de Viscaya*, en date de 1526, fait peut-être exception à cet ensemble de lois, généralement puisées dans le *Fuero juzgo*, ou Code des lois de la monarchie visigothique. En effet, on n'y rencontre pas cette institution essentiellement germanique du douaire, appelé *arras* dans les *Fueros* de Navarre, *screix* dans les Constitutions de Catalogne. On y trouve, en revanche, la dotalité facultative de l'un ou l'autre époux, que nous con-

[1] C'est ce que je vois de plus clair dans une note rédigée en ma faveur par un notaire du pays, à la demande de M. Rousse, juge de paix de Vic-Dessos, en même temps juge d'appel des causes civiles des vallées d'Andorre (en 1860).

[2] P. 19.

sidérons comme une institution basque. De plus, la matière des successions ne nous est pas présentée comme dominée d'abord par le principe d'égalité des partages, qu'entameront plus tard les idées aristocratiques, ainsi que la Navarre, l'Aragon, la Catalogne nous en offrent le spectacle. Dans le *Fuero de Viscaya*, la liberté des parents de se choisir un héritier parmi leurs enfants des deux sexes est constatée d'abord et pourrait n'être que la transformation, au profit de la puissance paternelle et maternelle, d'un ancien droit d'aînesse semblable à celui que nous avons vu vivre si longtemps chez les Basques de France. Le *Fuero de Viscaya* fut rédigé sous Charles-Quint, par voie de réforme d'un *Fuero* antérieur, tombé en partie en désuétude. Voici quelques-unes des dispositions qu'il consacre :

L'un ou l'autre époux peut être *adventice* et *dotal*. La femme mariée est appelée, suivant le cas, *avenediza* (adventice) ou *tronquera*[1] (de la souche). La même distinction est applicable au mari.

Les époux sont en communauté de biens. A la mort de l'un d'eux, s'il y a des enfants, le survivant gagne la moitié d'une masse formée de tous les biens de l'un et de l'autre indistinctement. Lorsqu'il n'y a pas d'enfants, chaque époux garde ce qui lui est propre et prend la moitié des acquêts. — Je donne le sens le plus naturel du texte, mais en regrettant de n'avoir pas un commentaire. — Si le mari commet un délit et qu'il soit condamné à une peine pécuniaire, on ne peut pas exécuter les biens de sa femme, quoiqu'elle ait connu son intention coupable, parce que, étant en puissance, elle n'a pu s'y opposer. Dans le cas inverse, le mari est responsable du délit de sa femme, s'il a connu son dessein, parce qu'il ne l'a point empêchée de l'accomplir. Sous ce rapport, la femme est en tutelle.

Quand le mari a vendu la moitié qui lui appartient dans les acquêts pour payer des dettes, acquitter une amende, faire honneur à une caution, il ne peut plus prendre part dans l'autre moitié d'acquêts, qui reste entièrement à la femme pour l'entretien de la famille. Cette disposition met la femme à l'abri des dissipations du mari.

[1] *Fuero de Viscaya* (plusieurs éditions), tit. XX, *De las dotes, y donaciones, y profincos, y ganancias de entre marido y muguer*, ley VII.

Les parents ont le droit de choisir pour héritier un de leurs enfants ou descendants de l'un ou l'autre sexe, à leur gré, pourvu qu'ils laissent à chacun des autres une portion de terre, grande ou petite [1]. A défaut d'enfants légitimes, ils peuvent tester de la même manière en faveur de leurs enfants naturels. Les enfants naturels, en concours avec les légitimes, ne peuvent recevoir que le cinquième des biens.

La quotité disponible, pour ceux qui ont des enfants ou des ascendants, consiste uniquement en meubles et ne peut dépasser le cinquième de la valeur de tous les biens. Vis-à-vis des collatéraux, les meubles seuls sont disponibles, les immeubles étant réservés, dans cette ligne, jusqu'au quatrième degré (le testateur n'a qu'un choix entre ces héritiers). Et il n'est fait nulle distinction, sous ce rapport, entre les acquêts et les propres. La loi se montre un peu moins rigoureuse lorsqu'il s'agit de l'âme ; toutefois les legs pieux sont contenus dans des bornes assez étroites.

Il paraît qu'il était d'usage que les époux testassent en commun ; et alors si l'un d'eux mourait dans le délai d'une année à dater de la confection du testament, cet acte devenait irrévocable pour le survivant, qui ne pouvait plus aliéner les biens qui y étaient portés et devait se contenter de l'usufruit de la moitié de ces biens [2].

Un autre usage très-remarquable permettait à celui qui ne pouvait ou ne voulait tester, de charger une ou plusieurs personnes de confiance de lui faire choix d'un héritier après sa mort. Le mari, par exemple, donnait ce mandat à la femme, ou la femme au mari. Il devait être accompli dans le délai d'une année. S'il y avait des mineurs, le délai se prolongeait de la durée de la minorité.

Les successions *ab intestat* étaient déférées aux enfants, par têtes. Cela n'est pas clairement dit, mais tout porte à le croire. A défaut d'enfants, elles étaient déférées aux ascendants, les immeubles allant à la ligne d'où ils étaient provenus ; mais les meubles étaient partagés également entre les deux lignes. — Le père ou la mère qui héritait d'un enfant ne pouvait disposer

[1] *Fuero de Viscaya*, tit. XX, ley XI.

[2] *Ibid.*, tit. XXI, *De los testamentos, y mandas, y ab intestatos.*

des immeubles de cette succession qu'en faveur des enfants du même lit, s'il y en avait. — Par une mesure qui rappelle la loi anglaise, les filles séduites étaient admises à poursuivre leur séducteur au criminel et au civil, et à lui demander une dot; mais, pour éviter le retour d'abus qui s'étaient produits, elles devaient agir dans les deux ans au criminel, et dans les cinq ans au civil.

A la différence du *Fuero de Viscaya*, les *Fueros de Guipuzcoa* ne contiennent que la loi politique et municipale de cette province, qui observe peut-être pour son droit privé la législation commune de l'Espagne. Des renseignements que j'ai pu prendre moi-même à Saint-Sébastien, il résulte que, dans les campagnes, le cultivateur avantage ordinairement son fils aîné, à la charge de doter ses sœurs et de faire apprendre un métier à ses frères cadets. C'est seulement s'il n'a qu'un fils trop jeune, ou infirme, ou imbécile, ou jugé incapable de gérer convenablement le bien de la famille, qu'il avantage sa fille aînée et la marie à la maison. Trop souvent, ici, les pères et mères se dépouillent de leurs biens de leur vivant; et comme la terre, ingrate par nature, ne produit que grâce à un labeur persévérant, et que celui qui ne travaille pas est très mal regardé, il arrive aux parents affaiblis par l'âge d'être repoussés par leurs enfants, et l'infirme n'est pas mieux traité que le vieillard.

A l'est du Guipuzcoa, nous rencontrons la Navarre, un vieux royaume qui a fait parler de lui, et dont les *Fueros* sont très-anciens. Ils portent tout d'abord le sceau visigothique. L'égalité des partages y est, au fond, le droit des nobles comme celui des vilains. Le vilain ou laboureur[1] (*villano ó labrador*), disent les *Fueros* de Navarre, peut avantager l'un de ses enfants, mais seulement sur ses meubles, troupeaux, hardes... Il peut aussi « donner en mariage » à l'un d'eux une vigne ou une pièce de terre, mais en simple usufruit, qui ne dispense pas du rapport. Le noble (*infanzon*) a plus de marge. Il peut laisser des parts inégales à ses fils, sans toutefois leur ôter la légitime établie par les *Fueros*, laquelle doit être suffisante pour mettre le légitimaire

[1] La synonymie n'est pas parfaite : il y a, au For, des nobles laboureurs (*infanzones labradores*).

en état d'être « voisin », citoyen d'un lieu, c'est-à-dire d'acquérir une propriété à cet effet [1] (*para constituir una vecindad*). Je crois que par la suite cette réserve fut réduite dans l'usage, afin de donner au père des facilités plus étendues, et de lui permettre de concentrer sa fortune sur la tête d'un de ses fils, suivant la tendance aristocratique générale dans cette zone.

Un autre principe ancien des *Fueros* de Navarre, c'est la communauté des acquêts entre époux, dans la classe des vilains, même dans celle des nobles [2]. Une grave différence entre ces classes, c'est que la loi accorde à la femme noble un douaire, des arrhes (*arras*), et que la vilaine n'a point d'arrhes [3]. Autre différence : l'époux noble survivant a l'usufruit des biens de son conjoint prédécédé, avantage qui est refusé aux vilains [4].

Si je ne devais être très-sobre de développements sur une législation qui s'éloigne si sensiblement du droit basque, j'aurais à m'enquérir en détail d'un singulier système de succession collatérale qui me paraît être tout à fait propre à la Navarre. Dans ce système, le droit d'aînesse, écarté en directe, revient en oblique, par un détour des plus étranges, et, si j'ai bien compris à première vue, de la manière suivante : quand des enfants ont partagé la succession d'un de leurs parents et que l'un d'eux meurt sans postérité légitime ou naturelle, sa part, si c'est un fils, accroît à l'aîné de ses frères ; si c'est une fille, à l'aînée de ses sœurs; de sorte que dans chaque famille, et vraisemblablement à l'égard des propres seulement, il y a deux aînés, un mâle et une femelle, qui recueillent respectivement la part des mourants de leur sexe. Si toutes les sœurs décèdent sans enfants, le frère aîné hérite ; si tous les frères décèdent sans enfants, c'est la sœur aînée qui est appelée [5].

[1] *Fueros del reyno de Navarra ; De donaciones*, I, II. — D. José Alonso, *Recopilacion y comentarios de los fueros y leyes del antiguo reyno de Navarra*, p. 328, 337, 338, Madrid, 1848.

[2] *Fueros del reyno de Navarra*; *De heredat*, XII ; *De compras*, XIV. — Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 155.

[3] *Fueros del reyno de Navarra ; De casamientos*, I.

[4] *Ibid.*, *De heredat*, XIX, XX, XXI, XXII ; *De arras*, III. — Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 410 et suiv.

[5] *Fueros del reyno de Navarra ; De heredat*, X. — Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 377 à 381.

Les vilains ne sont pas admis au bénéfice de cet ordre successoral (*mayorio*), qui ne concerne que les nobles. Mais, parmi les vilains, si un partage de succession a eu lieu par lots attribués à des groupes formés de deux enfants associés à cet effet, et que dans un groupe l'un des copartageants décède, son partenaire obtient la moitié de la part du décédé, et l'autre moitié est divisée également entre tous les enfants [1]. Tout cela est fort bizarre, et ce qui l'est aussi, c'est la faveur que les *Fueros* de Navarre, d'accord en cela avec le *Fuero de Viscaya*, font aux enfants naturels de succéder à défaut de légitimes [2] : une preuve manifeste que, dans ces deux provinces au moins, l'usage des concubines (*barraganas*) était passé dans les mœurs.

On lit dans Merlin que, dans le royaume d'Aragon, les pères ont pour la disposition de leurs biens et l'exhérédation de leurs enfants les mêmes pouvoirs que la loi des Douze Tables accordait aux Romains [3]. Mais il faut voir comment cela est venu. En 1247, le père de famille pouvait seulement avantager un de ses enfants, fils ou fille, de meubles, ou d'une terre, ou d'un héritage; mais il ne les pouvait priver, sans cause légitime, de leur droit héréditaire [4]. C'est seulement en 1307 que le roi d'Aragon accorde aux nobles la faculté de se choisir un héritier parmi leurs fils, en laissant aux autres ce qu'il leur plaira. Le motif : *Ut casalia eorum in suo bono statu conserventur : cum per divisionem filiorum de facili deperire possent.* De plus, le fils ou les fils d'un second ou troisième mariage seront préférés, même *ab intestat*, aux filles du premier lit, dont il n'y aura que des

[1] Sur ces associations d'héritiers par groupes de deux, trois et davantage, en usage chez les nobles comme chez les vilains, mais suivant des règles différentes, voir Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 378 à 381.

[2] La chose va même plus loin en Navarre. L'*infanzon* qui a des enfants légitimes (de *pareilla*) et des enfants naturels (de *barragana*) doit laisser une part déterminée à ces derniers. A défaut d'autres biens, cette part est prise sur les « arrhes » de la femme légitime. (*Fueros del reyno de Navarra*; *De destin*, I.) Chez les vilains, les enfants naturels (*de ganancia*) concourent par têtes avec les légitimes. (*Ibid.*; *De heredat*, XII. — Alonso, *op. cit.*, t. I, p. 381, 382.)

[3] Merlin, *Rép. lég.*, sect. I et VI.

[4] *Fueros y observancias de las Costumbres escriptas del reyno de Aragon*; *Çaragoça*, 1576, *liber sextus* (p. 127); *De exheredatione filiorum. Jacobus Primus, Osce*, 1247.

filles, auxquelles la loi assigne une part modique. Accordé aux nobles, sur leur demande [1].

Peu après, en 1311, la faculté d'instituer un fils en réduisant les autres est étendue, sur leur demande aussi, aux citoyens des villes et autres hommes d'Aragon : *Omnes cives et omnes alii homines villarum et villariorum Aragonum.* La loi ajoute : *Exceptis hominibus universitatis Turolii et Albarrazini, qui habent alios foros suos* [2].

Ces textes prouvent surabondamment que la loi aragonaise est visigothique dans le fond, et n'est devenue romaine en apparence que pour favoriser exclusivement, dans la réalité, les prétentions aristocratiques de la noblesse d'Aragon, prétentions que, selon l'usage, les bourgeois se hâtèrent d'adopter.

On voit encore, aux *Fueros* d'Aragon, qu'il y avait des femmes de trois classes : les nobles, les franches ou ingénues, les vilaines; que ces femmes étaient dotées par leurs maris, c'est-à-dire avaient des douaires, les vilaines comme les autres [3], à la différence de ce qui avait lieu en Navarre.

Point de puissance paternelle : *Item de consuetudine regni non habemus patriam potestatem* [4]. M. Laboulaye voit avec raison, dans l'absence de puissance paternelle en Aragon, une preuve des origines germaniques du droit aragonais [5].

Les Constitutions de Catalogne donnent lieu à des observations analogues. Ce sont des ordonnances du seizième siècle, qui étendent à tout ce pays, au Roussillon et à la Cerdagne, le privilége de Barcelone, consistant à limiter au quart la légitime des enfants, quel que soit leur nombre. Le législateur se propose la conservation des patrimoines : *Zelant la conservatio de las casas principals* [6]. — Ailleurs il est parlé de l'augment dû à la femme pour prix de sa virginité, institution toute gothique.

[1] *Fueros y observancias de las Costumbres escriptas del reyno de Aragon; Caragoça*, 1576, *liber sextus* (p. 127); *De testamentis nobilium. Jacobus Secundus, Alagonis*, 1307.

[2] *Ibid., liber sextus* (p. 127); *De testamentis civium et aliorum hominum Aragonum. Jacobus Secundus, Daroce*, 1311.

[3] *Ibid., liber quintus* (p. 122); *De jure dotium. Jacobus Primus, Osce*, 1247.

[4] *Ibid., liber primus* (p. 7); *Ne pater vel mater pro filio teneatur.*

[5] Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes, etc.*; 1843, p. 421.

[6] *Constitutions y altres drets de Cathalunya*, 1725; lib. VI, tit. V; *De legitima y divisione de aquella. Philip, en la cort de Montso, any* MDLXXXV.

Voici les termes : *Donatio per noces, o per screix* (*loqual es degut à la mare per raho de la sua virginitat* [1]). — Le mariage avec consentement émancipe [2].

En dehors des lois générales que je viens de citer, je ne serais pas surpris qu'il existât encore sur le versant méridional des Pyrénées des usages locaux d'autant plus précieux à recueillir qu'ils seraient vraisemblablement plus anciens. Ainsi, pour l'Aragon, don Mariano Nougués, ancien bâtonnier et magistrat de Saragosse, m'apprend que dans la terre de Huesca (l'*Osca* des Romains), les maris ont quelquefois des dots comme celles des femmes, jouissant des mêmes garanties. Dans ce territoire, il arrive aussi que, cédant à un désir intense de conserver « la maison », l'un des époux accorde au survivant la faculté de s'y remarier, d'y faire une part à ses enfants d'un second lit, à la condition de travailler à l'amélioration du bien et à la prospérité de la maison. Il serait à souhaiter qu'un jurisconsulte indigène se chargeât du soin de recueillir ces variétés de droit et de coutumes, dans la zone espagnole, comme j'ai tenté de le faire moi-même dans la zone française des Pyrénées.

J'ai achevé ma tâche. Arrivé au terme, j'ose à peine regarder en arrière le chemin parcouru, tant ce chemin a été long et forcément aride, semé d'obstacles, hérissé de textes obscurs, de lois bizarres, énigmatiques, dont il fallait au passage deviner le sens et montrer la relation. L'attention la plus forte, l'examen le plus minutieux n'ont pu sans doute me préserver de toute erreur; mais j'ose croire que ceux qui voudront bien y regarder de très-près (s'il en est) trouveront à chaque page de ces monographies, plus utiles que brillantes, les marques d'une conscience qui ne se satisfait pas aisément et d'un zèle qui ne s'est épargné aucun effort pour atteindre la vérité.

[1] *Constitutions y altres drets de Cathalunya*, 1725, lib. VI, tit. II.
[2] *Ibid.*, lib. VIII, tit. VIII, p. 451.

EUGÈNE CORDIER.

NÉCROLOGIE.

H.-E. Dirksen. — A. de Daniels. — F.-J. Kuehns.

Partout, dans ces dernières années, la mort a fait une ample moisson d'hommes illustres et d'hommes utiles : l'Allemagne savante aussi a eu sa part de deuil. On dresserait facilement une assez longue liste des jurisconsultes distingués (à des titres divers) qu'elle a perdus. Après Savigny, Keller, Stahl, Richter, Warnkœnig, Mittermaier, voici Dirksen, Daniels, Jacobson, Hillebrand, morts en 1868 ; Beck, Lœbell, Kuehns, morts dans les premiers mois de 1869. Parmi ces noms, il en est qui ne sont guère connus hors de l'Allemagne. Cependant Beck, professeur de Leipzig, fut souvent nommé jadis, grâce à son édition du *Corpus juris*, que celle des frères Kriegel a promptement supplantée ; Jacobson était peut-être l'homme le plus versé de Prusse dans certaines parties du droit ecclésiastique; Hillebrand était un germaniste très-estimé; enfin je ne pense pas exagérer en affirmant que Kuehns, s'il n'avait pas été ravi prématurément à la science, aurait bientôt obtenu à l'étranger, en France surtout, la notoriété qu'il méritait.

M. Dirksen était, depuis la mort de Savigny, le doyen des romanistes non-seulement d'Allemagne, mais, si je ne me trompe fort, de l'Europe entière. Pendant près d'un demi-siècle il s'est maintenu au premier rang. L'Essai sur les lois royales est de 1823[1] ; celui sur la loi des Douze Tables, déterminant pour tous les travaux subséquents, est de 1824[2]. Après avoir continué l'œuvre de Jacques Godefroy, Dirksen voulut reprendre celle de Brisson, et publia le *Dictionnaire*, monument capital d'érudition juridique et linguistique, indispensable pour toute étude un peu sérieuse des textes[3]. D'autres travaux de Dirksen

[1] Voir *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts.* Abhandlung VI.

[2] *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der Zwölf Tafel-Fragmente.*

[3] *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum, etc.* Berolini, 1837; Parisiis, Renouard et Heideloff.

ont été insérés dans les revues juridiques allemandes, en particulier dans le *Rheinisches Museum* et dans le *Civilistiches Magazin*, puis dans les mémoires de l'Académie prussienne, dont il était membre. Ces travaux traitent en général de questions très-spéciales, ainsi de la vie et des œuvres de certains jurisconsultes romains peu connus, ou présentant quelque intérêt de mystère à élucider, d'énigme à résoudre. Les cours que Dirksen faisait à l'Université de Berlin en qualité de professeur honoraire, portaient sur l'histoire et les Institutes du droit romain, et aussi sur quelques titres des Pandectes, par exemple sur le titre *de Origine juris*, sur le titre *de Verborum significatione*, etc. — Par plus d'un côté, par ses goûts, par la tournure essentiellement réaliste et positive de son érudition, Dirksen rappelait les savants des deux derniers siècles. Son esprit inclinait naturellement au détail, dans lequel il était d'une exactitude rare, et à la critique, où il déployait une lumineuse sagacité. Je l'ai connu dans sa verte vieillesse, un peu anecdotier, mais toujours original et spirituel, un peu caustique, mais toujours bienveillant.

M. DE DANIELS, plus jeune que Dirksen de plusieurs années, l'a suivi dans la tombe à quelques jours de distance. Originaire de la province rhénane, il combinait l'étude du Code Napoléon et celle du Code général de Prusse. A Berlin il enseignait les deux législations[1], outre le droit public et le *droit privé allemand*. Cependant son activité principale, dans les dernières années de sa vie, était beaucoup moins à l'Université qu'au tribunal suprême, où il occupait une place distinguée, et à la première Chambre. Il votait avec la droite, ce dont on lui a fait un crime, surtout avant 1866. Ses ouvrages sur le Code Napoléon (au point de vue de la jurisprudence rhénane), sur l'ancien droit allemand, témoignent tous d'une immense lecture et d'une érudition aussi profonde que variée; malheureusement leur mérite réel est compromis par certaines idées bizarres, auxquelles l'excellent homme tenait beaucoup, et dont il n'a jamais voulu démordre : c'est

[1] A. de Daniels n'était point parent, que je sache, de l'excellent jurisconsulte du même nom, mort président à Cologne, traducteur du Code Napoléon, et qui a laissé de si bons souvenirs dans la magistrature de Paris et de Bruxelles.

ainsi qu'il a passé une partie de sa vie à s'efforcer de démontrer envers et contre tous que le *Miroir de Souabe* a précédé celui de *Saxe*[1]. Ces excentricités dénotent un esprit original; elles provenaient sans doute d'un trait honorable du caractère de Daniels, de sa complète indépendance scientifique, qui prenait parfois le caractère d'opposition aux opinions régnantes, tenues presque pour infaillibles par les badauds et les serviles. Quoi qu'il en soit, Daniels, dans ses controverses, n'a pas eu le dernier mot, parce qu'il ne pouvait ni ne devait l'avoir, et sa renommée littéraire en a souffert. En outre, il n'avait pas assez, comme auteur, le sentiment des proportions et de la juste mesure. C'est ainsi que son Manuel d'histoire juridique de l'empire et des Etats allemands, entrepris sur un plan beaucoup trop vaste, a dû rester inachevé; l'introduction même n'est pas finie, à ce que je crois, du moins, et remplit cependant plusieurs volumes[2].

Frédéric-Jules Kuehns, né en 1830, mort le 12 mars 1869, était attaché à la Faculté de droit de Berlin dès 1858 comme *privat-docent*; puis, dans les derniers temps seulement, il y enseignait le droit allemand, comme professeur extraordinaire, selon la tradition universitaire, en deux cours principaux, l'un essentiellement historique et d'introduction, *deutsche Staats und Rechtsgeschichte;* l'autre dogmatique, *deutsches Privatrecht*. En outre, il faisait des leçons publiques sur les lettres de change et les billets à ordre (*wechselrecht*); et lorsque la mort l'a surpris, il se préparait à remplacer A. de Daniels dans l'enseignement du Code Napoléon. On connaît l'organisation des facultés allemandes, qui établit une rivalité, presque toujours courtoise et généreuse, entre le jeune agrégé qui débute, et le professeur en titre qui a fait ses preuves depuis longtemps, parfois même depuis trop longtemps. Kuehns se trouva placé, par la branche qu'il avait choisie, à côté ou en face de maîtres éminents et bien justement estimés; la position pouvait donc paraître difficile pour les commençants; néanmoins il sut se former bientôt un nom-

[1] Voir le traité intitulé : *Alter und Ursprung des Sachsenspiegels*. Berlin 1853.

[2] *Handbuch der Reichs und Staates Rechtsgeschichte*. Tubingen, 1866.— Daniels affectionnait ce titre de *Manuel*, et l'a donné à d'autres ouvrages très-volumineux aussi.

breux auditoire qu'il attira et conserva non-seulement par la solidité de ses connaissances, mais encore, chose assez rare de l'autre côté du Rhin, par l'élégante facilité de sa diction.

Pendant ses dix années de professorat, Kuehns a publié une série d'écrits qui tous ont fait sensation, et auxquels on peut attribuer une valeur durable.

Les deux premiers traitent des droits d'auteur en matière d'œuvres d'art : *der Rechtsschutz an Werken der bildenden Künste* (1861) ; *Gesetzentwurf der deutschen Kunstgenossenschaft betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste* (1864). Ces travaux ont fixé l'attention des hommes compétents, car lorsqu'il s'est agi de préparer un projet de loi sur la propriété littéraire et artistique pour la confédération de l'Allemagne du Nord, c'est à leur auteur que le chancelier en a confié la rédaction, et c'est son œuvre qui est dans ce moment même soumise au conseil fédéral. — Les études de Kuehns sur les lettres de change ont donné naissance en 1866 à l'écrit intitulé : *die Bedeutung des Wechsels für den Geschäftsverkehr*. — Le dernier produit de sa plume est un petit traité sur les origines de la féodalité, *Ursprung und Wesen des Feudalismus*, qui fait partie de l'utile collection de conférences scientifiques de MM. de Holtzendorf et Virchow ; c'est peut-être dans cet exposé, fait en vue du grand public, que se révèle le mieux son talent simple et fécond.

Je n'ai pas encore mentionné son ouvrage principal, auquel il a consacré plusieurs années de laborieuses recherches, l'*Histoire de l'organisation judiciaire et de la procédure dans la Marche de Brandebourg* [1]. C'est une histoire spéciale, mais d'une importance bien plus grande que le titre ne l'indique. Ce n'est que lorsque chaque pays d'Allemagne aura son histoire juridique faite comme l'est ici une partie de l'histoire juridique du Brandebourg, qu'il sera possible d'écrire une histoire générale du droit allemand vraiment digne des exigences de la science actuelle.

Au reste, dans son consciencieux travail, notre regrettable auteur n'aborde pas l'histoire relativement facile des temps mo-

[1] *Geschichte der Gerichtsverfassung und des Prozesses in der Mark Brandenburg, vom X bis zum Ende des XV. Jahrhunderts.* 2 vol. in-8°, 302 et 566 pages. Berlin, Stilse et van Muyden, 1865, 1867.

dernes ; il s'en tient au moyen âge, où tout, dans l'organisation judiciaire comme en politique, est complexe, embrouillé, variable, mal défini, obscur. Il retrace d'abord le développement général de cette organisation, à grands traits et magistralement, depuis les premiers rudiments que l'on croit pouvoir en signaler, alors que les contrées qui forment actuellement le centre politique de l'Allemagne étaient arrachées pièce à pièce aux Slaves par des margraves guerriers et administrateurs, tels qu'un Géron et un Albert ; — à travers les siècles de désordre où les preux de la Marche exerçaient chevaleresquement le métier de coupe-bourses au détriment des bourgeois inoffensifs ; — jusqu'au seuil du seizième siècle, c'est-à-dire jusqu'au moment où la justice triomphe décidément et généralement de la force brutale, grâce surtout à l'action énergique de la maison de Hohenzollern, de cette dynastie étrangère, intruse, mais ayant à elle des biens patrimoniaux dans l'empire, et de l'argent, nerf de toutes choses, indépendante par conséquent des seigneurs indigènes, et qui, depuis son avénement au margraviat, fournit une succession de princes à la main de fer, justiciers sévères, haïs des nobles larrons, ferme appui des pauvres et des petits, sous lesquels enfin a pu naître bien avant le grand Frédéric la locution proverbiale : « Il y a des juges à Berlin. »

Après ce tableau général, contenu dans le premier volume, vient comme deuxième partie l'histoire particulière des diverses juridictions de l'*advocatus, Vogtgericht* ; du *præfectus* villageois, *Dorfgericht* ; du juge urbain, *judex*, *scultetus*, *advocatus*, *Stadtgericht ;* du *Hofgericht*, *judicium curiæ* ; enfin de la juridiction suprême exercée par le margrave, soit à l'assemblée des Etats, soit dans sa *Chambre*, *judicium cameræ*. Cette dernière juridiction n'est traitée que d'une manière tout à fait sommaire, parce que notre auteur y a consacré un travail spécial, lequel doit être incorporé à l'histoire complète du *Kammergericht* de Berlin, qu'ont entreprise, avec son assistance, M. le professeur Heydemann et M. le président de Strampff.

Une troisième et dernière partie est consacrée à la procédure suivie dans les tribunaux de la Marche, tant au civil qu'au pénal.

Je me sens trop peu compétent en matière de droit germanique et féodal, pour essayer l'analyse de ce beau livre, et, à bien plus forte raison, pour me permettre de porter sur son mé-

rite intrinsèque un jugement personnel. Je me borne à constater que le public savant, auquel seul il est adressé, lui a fait l'accueil le plus favorable. L'auteur, placé désormais sans conteste au premier rang des germanistes, nous dit lui-même, dans une préface remarquable, dans quel esprit il a travaillé, et comment il a compris la tâche qu'il s'était imposée :

« ... Quand je réfléchis combien souvent c'est par le concours de circonstances fortuites qu'il m'est arrivé d'être amené à faire telle combinaison ou d'être mis en état de fournir telle preuve, je me sens saisi d'un sentiment d'humilité profonde, je comprends que des recherches ultérieures pourront montrer les choses sous un jour autre que celui sous lequel je les ai vues, et faire naître des doutes sur la justesse de mes conclusions, quelque consciencieusement que j'aie cru les établir. Je surmonte cette crainte, parce que je suis sincèrement convaincu que, dans toute recherche scientifique, il faut se proposer avant tout pour but d'*apprendre*, de *reconnaître ce qui est vrai*. Mais il est parfaitement sûr que, si je sentais en moi un seul atome d'ambition de briller et de faire parade d'érudition, je me garderais bien d'aller grossir la foule qui envahit le marché littéraire.

« Il résulte de tout cela que ce que j'attends en premier lieu, c'est d'être *corrigé* là où je me suis trompé, et *complété* là où mes études ont laissé subsister des lacunes. »

Certes, quand un savant parle ainsi en livant au public le fruit de longues et pénibles recherches, et que ce savant est un homme à la fleur de son âge, tout plein de jeunesse et d'ardeur, on est en droit de fonder sur lui les plus belles espérances, et de se réjouir en pensant qu'il enrichira la science pendant bien des années encore.

Mais la Providence, dont les voies sont impénétrables, en a décidé autrement. Une phthisie vient d'enlever en quelques jours celui qui traçait ces lignes si austères et si sages.

ALPHONSE RIVIER,
Professeur de Pandectes à l'Université de Bruxelles.

BIBLIOGRAPHIE.

L'Alsace ancienne et moderne, ou Dictionnaire topographique, historique et statistique du Haut et du Bas-Rhin, par Baquol; 3e édition, entièrement refondue, par P. Ristelhuber. Strasbourg, Salomon; et Paris, Durand, rue Cujas, 7; 1865. — 1 fort vol. in-8°. Prix : 15 francs.

La première édition de ce livre, qui a paru en 1849, a été suivie d'une deuxième en 1851. Mais le privilége de ces sortes d'ouvrages étant de vieillir vite sous certains rapports et de devenir insuffisants pour les recherches quotidiennes, une troisième édition devenait vraiment nécessaire et indispensable. M. Ristelhuber l'a entreprise et donnée au public. Sous sa plume le modeste volume in-18 s'est transformé en un grand in-8° de 642 pages. Une triple pensée a présidé à son travail de révision : rectifier et développer les faits historiques, compléter les notions topographiques, et mettre au courant la partie statistique. Cette pensée, qu'on ressent dans tout le cours du dictionnaire, a produit d'heureux résultats. Par cet éloge je n'entends point dire que la perfection ait été atteinte. Cette qualité manque toujours aux ouvrages de ce genre. Mais en comparant l'œuvre primitive avec l'œuvre actuelle, on constate des améliorations majeures à côté de très-regrettables lacunes. Je me bornerai à en relever deux. Ainsi, qu'on ouvre le livre au mot *Rosemont*, on se trouve en face d'un renvoi à l'article Auxilles-le-Bas, et là, pour toute indication, on lit le *château de Rosemont*, ce qui ne rend pas plus instruit après qu'avant la recherche; cependant les *Antiquités de l'Alsace*, par de Golbéry, fournissaient d'amples enseignements sur cet ancien bailliage du comté de Belfort. Ainsi encore, v° *Aue* ou *Lauw*, pas un mot des institutions si curieuses de cet ancien comté : pourtant Horrer, dans son *Dictionnaire*, malheureusement inachevé, les avait longuement retracées, et tout récemment encore elles faisaient l'objet d'un procès devant la Cour impériale de Colmar. Ces lacunes, et d'autres de nature analogue, seront comblées, j'en suis convaincu, dans la prochaine édition du Baquol, et il suffit qu'une critique amie appelle l'attention de M. Ristelhuber sur ces imperfections pour les faire disparaître. En revanche, il y a dans l'*Alsace ancienne*

et moderne des notions développées sur les dix villes impériales, sur les républiques de Strasbourg et de Mulhouse, et sur les autres seigneuries importantes. On y a mis à contribution des documents nouveaux. Les institutions civiles et politiques des localités n'ont pas été négligées ; mais le récit est peut-être trop sommaire. N'aurait-il pas mieux valu mieux dessiner les contours de chacune d'elles, mieux accuser les nuances propres à chaque localité ? La diversité est le caractère du moyen âge : l'Alsace n'y a point échappé, et l'on ne fait vraiment bien connaître un pays qu'en mettant fortement en relief ses traits particuliers. Ajoutons, pour terminer ce compte rendu, que le dictionnaire est enrichi des cartes de l'Alsace ancienne et moderne, des armoiries des villes fort bien peintes, et de planches représentant les principaux sceaux et monnaies usités dans la province.

E. B.

Philosophie du droit ou *Cours d'introduction à la science du droit*, par W. Belime, professeur à la Faculté de droit de Dijon ; 3e édit., 2 vol. in-8°. Durand et Pedone Lauriel, 1869. Prix : 15 francs.

Belime est mort en 1844 à l'âge de trente-trois ans, au moment où il venait de publier le premier volume de cet ouvrage. Le second volume était prêt, et put être imprimé sans changements. L'ouvrage arrive aujourd'hui à sa troisième édition, ce qui est un incontestable succès, justifié par la clarté de l'exposition et par une certaine abondance de lecture, remarquable chez un auteur mort si jeune. C'est encore un des meilleurs livres qu'ait fait naître la création des cours d'introduction à l'étude du droit, due en 1840 à l'initiative de M. Cousin. Il y aurait pourtant plus d'une critique à faire, et d'abord le titre est-il bien convenable ? La philosophie du droit est une étude plus vaste et plus difficile que Belime ne paraissait le croire. Elle ne se contente pas de quelques lectures rapides et superficielles, ni de quelques aperçus ingénieux. Elle exige de sérieuses méditations. Quelques pages sur Grotius, Thomasius, Wolff et Kant ne sauraient être prises pour une histoire de la science. Aristote, Platon, Cicéron, pour ne parler que des anciens, valaient bien la peine d'être nommés.

L'ouvrage aurait donc gagné à s'annoncer sous le titre plus

modeste d'*Introduction à l'étude du droit*. Mais à ce point de vue même il n'est pas sans lacunes. Ainsi le livre III décrit les diverses branches de la science du droit, droit des gens, droit constitutionnel, droit administratif, droit ecclésiastique, droit criminel, droit civil et commercial, procédure civile, après quoi le second volume tout entier est consacré à des généralités sur le droit civil. Il en résulte une disproportion énorme. On reconnaît là l'influence de la routine scolastique qui concentre toutes ses forces sur le droit civil, et néglige l'étude du droit public, comme si de toutes les parties du droit celle-ci n'était pas la plus importante, la plus philosophique, et en même temps la plus pratique, car les rapports de l'individu et de l'État se multiplient sans cesse et ne sont pas près de se simplifier.

Enfin, nous ne pouvons nous empêcher de faire une dernière observation. Depuis 1844, date de la première édition, la science sociale a fait des progrès. Les événements ont marché, les lois ont changé ; et cependant on réimprime aujourd'hui l'ouvrage de Belime tel qu'il a paru il y a vingt-cinq ans. C'est faire trop d'honneur à un modeste manuel destiné aux étudiants de première année. N'eût-il pas mieux valu refondre l'ouvrage ? Sans doute il aurait fallu en sacrifier une notable partie, corriger souvent, ajouter beaucoup, mais on aurait fait ainsi une œuvre de plus en plus utile, et, quel que soit le mérite de Belime, c'est assurément le surfaire que de le regarder comme un de ces classiques dont le texte doit être religieusement respecté.

Notions élémentaires et pratiques de droit commercial à l'usage des négociants, par M. NICOLIN, avocat, ancien agréé, professeur de droit commercial à l'école d'adultes fondée à Dijon ; 1 vol. in-8°. Paris, Durand et Pedone Lauriel. Prix : 7 francs.

On a déjà beaucoup écrit sur le Code de commerce, mais surtout au point de vue purement logique du jurisconsulte. M. Nicolin a bien compris que, pour créer l'enseignement du droit commercial dans les écoles professionnelles, il fallait adopter une autre méthode et parler une autre langue. En conséquence, il décrit et il explique, sans perdre de vue les textes qu'il connaît bien et qu'il a souvent appliqués, mais sans les suivre de

trop près. Le droit ainsi exposé n'est plus une formule abstraite, c'est quelque chose de vivant qu'on saisit et qu'on étudie par les procédés ordinaires de l'observation et de l'analyse. C'est bien ainsi qu'il faut s'y prendre pour enseigner le droit à de futurs commerçants. L'exécution du livre de M. Nicolin est excellente. Il a réussi à être très-clair d'abord parce qu'il sait bien ce qu'il dit, et qu'il écrit simplement, mais aussi, ce qui est chose rare dans les ouvrages de droit, par l'exacte proportion des développements.

Dans ces dernières années, la législation commerciale a subi des remaniements considérables. Les lois nouvelles sur les sociétés, les chèques, les magasins généraux, le gage, les règlements sur l'exploitation des chemins de fer trouvent leur place dans le livre de M. Nicolin, qui peut être considéré comme un manuel très-exact et très-complet de tout le droit commercial.

Histoire de la justice criminelle au seizième siècle, par Albéric ALLARD, professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Gand. Ouvrage couronné par l'Institut de France; 1 vol. in-8°, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1868. Prix : 9 francs.

L'Académie des sciences morales et politiques avait proposé pour le prix Bordin la question suivante : « Exposer les faits qui ont amené la réforme judiciaire consacrée par l'ordonnance d'août 1539, en ce qui concerne la procédure criminelle, et examiner le système de cette réforme et son application pendant le cours du seizième siècle. » Le mémoire de M. Allard a été couronné le 30 juin 1866.

L'ouvrage se divise en quatre parties. Dans la première l'auteur fait connaître les diverses juridictions criminelles qui existaient avant l'ordonnance de 1539, et les règles de procédure en vigueur antérieurement à l'ordonnance de 1498.

La seconde partie explique par quelles causes la procédure secrète s'est substituée à l'ancienne procédure orale et publique. Ces causes sont, suivant l'auteur, l'influence toujours croissante de la procédure canonique, l'introduction des enquêtes d'office commencées par le juge à la suite d'une dénonciation ou de la rumeur publique, l'établissement du ministère public et de tribunaux permanents, enfin l'autorité prise par les légistes. Le

triomphe de l'instruction écrite fut assuré d'ailleurs par un concours de circonstances remarquables, la tendance du siècle à tout mettre par écrit, l'usage de la langue française dans les protocoles, enfin les vues politiques des princes qui cherchaient à étendre leur pouvoir en s'alliant plus étroitement à l'Eglise, l'introduction de l'appel, la généralisation de la torture, peut-être même les besoins du trésor, qui trouvait son compte à l'augmentation des frais de justice. Il y a assurément du vrai dans toutes ces observations, mais n'oublions pas que la grande cause de la révolution dont il s'agit fut la haine de la force. On ne voulait plus de l'ancienne procédure; on ne trouva pour la remplacer que la procédure secrète, et on l'adopta sans examen.

Nous ne pouvons suivre l'auteur dans le tableau qu'il trace de la procédure écrite, dont il indique le caractère en un seul mot, l'intimidation, et qui a été si bien jugée par un contemporain, Pierre Ayrault.

La quatrième partie est consacrée à la littérature du droit criminel du seizième siècle. L'auteur a choisi les écrivains dont le nom est le plus connu, et qui peuvent en quelque sorte servir de types : en Italie, Clarus, Menochius, Farinacius ; en France, Imbert, Lebrun de La Rochette, Ayrault ; en Flandre, Damhoudere; en Espagne, Covarruvias et Peguera. Autour d'eux viennent se grouper les autres docteurs ; l'Allemagne n'a aucun nom à citer à côté de ceux-là au seizième siècle; mais depuis elle a produit Carpzow et Bœhmer, et l'auteur les fait entrer dans son cadre afin de compléter son travail.

Ce travail, indépendamment de la distinction dont il a été l'objet, a un très-grand mérite : celui d'avoir été fait sur les sources. C'est le fruit de longues recherches, dirigées avec méthode et conduites à maturité. On y trouvera peut-être un peu trop de parti pris contre la procédure secrète, qui sans doute n'aurait pas réussi à s'introduire si elle n'avait constitué un progrès relatif. Mais, à part cette réserve, il serait difficile de ne pas souscrire au jugement que porte l'auteur sur la valeur absolue de ce système, dont il reste encore trop de traces dans nos lois.

REVUE BIBLIOGRAPHIQUE.

Les Associations ouvrières, par M. Paul Rougier, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Lyon[1]. — Tel est le titre d'une œuvre pleine d'intérêt, qui a été couronnée par l'Académie des sciences, belles-lettres et arts de Lyon. Cette Académie a formulé par l'organe de son rapporteur son opinion en ces termes : « Ce travail unit à la valeur d'un bon livre celle d'une bonne action, et de pareils ouvrages font également honneur à celui qui les a écrits, à la ville qui les a inspirés et à l'Académie qui les couronne. » La première partie de cette œuvre est consacrée à l'étude des associations ouvrières de Lyon jusqu'en 89. Avant 89, le principe est celui du privilége et du monopole : pour travailler, pour exercer une industrie, il faut faire partie d'une corporation, et on ne peut y entrer facilement. Il y a des conditions nombreuses imposées par la corporation. Celui qui a le bonheur d'être admis comme membre de l'association doit passer par une série d'épreuves : à Lyon, par exemple, on est d'abord apprenti, puis on est compagnon ; la durée du compagnonnage étant expirée, l'ouvrier pouvait enfin arriver à la maîtrise et faire alors partie de l'association privilégiée à laquelle le monopole et tous les avantages du métier appartenaient exclusivement. Il fallait, pour être reçu maître : 1° appartenir à la religion catholique, n'avoir encouru aucune condamnation et justifier de sa bonne conduite ; 2° présenter avec les brevets d'apprentissage et de compagnonnage les quittances des maîtres chez lesquels on avait travaillé pendant les deux premières périodes ; 3° prouver son aptitude à exercer le métier, suivant les épreuves imposées par les statuts, c'est-à-dire en se soumettant à l'exécution d'un chef-d'œuvre ou à l'examen des maîtres-gardes ; 4° payer un droit de réception qui variait de 100 à 300 livres ; 5° se soumettre enfin aux obligations particulières du métier et prêter serment de les remplir consciencieusement. M. Rougier nous donne des renseignements très-curieux sur les diverses exigences des corporations, leurs statuts et l'esprit qui présidait à leur fonctionnement. Il en signale les abus, les vices, il met en relief leurs rivalités jalouses, leurs prétentions

[1] Paris, Guillaumin et Cᵉ, éditeurs. Lyon, chez tous les libraires.

exclusives et les entraves qu'elles apportaient à la libre expansion du travail et au développement de l'industrie. Avec 89, les monopoles disparaissent, les règlements et les priviléges font place à la liberté individuelle et à la concurrence. Dans la deuxième partie de son ouvrage, l'auteur fait une étude très-complète des associations ouvrières du dix-neuvieme siècle. Après avoir consacré quelques pages au compagnonnage moderne, son organisation, son influence, ses bienfaits, il traite des sociétés de secours mutuels et des associations ouvrières à Lyon.

Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle sous l'empire de la loi belge de 1854, par Edmond Picard et Xavier Olin, avocats à la Cour d'appel de Bruxelles, docteurs agrégés à l'Université libre[1]. — On sait que la Belgique nous a emprunté la plupart de nos lois, elle en a pris les principes comme les meilleurs. C'est ainsi qu'elle a emprunté un grand nombre de dispositions à la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention. Aussi ce nouveau traité fait par des jurisconsultes belges peut-il être d'une grande utilité pour l'interprétation de la loi française. Dans une partie préliminaire, on trouve les textes législatifs en vigueur, la loi sur les brevets d'invention du 24 mai 1854, l'arrêté royal du 24 mai 1854 qui règle l'exécution de la loi, la loi du 27 mars 1857 portant des modifications à deux dispositions de la loi sur les brevets d'invention, et enfin l'arrêté du 12 septembre 1861 relatif au récépissé des demandes de brevets. Ces divers textes sont suivis de la législation antérieure belge et du texte intégral de la loi française. La loi belge est étudiée dans son esprit, dans son texte, avec un soin tout particulier; un ordre parfait règne dans la disposition des matières, les principes sont nettement posés, les applications déduites avec logique. Les auteurs français, tels que MM. Renouard, Blanc et Nouguier, qui ont fait des traités très-connus sur les brevets d'invention, sont souvent cités, et nos arrêts ou jugements français souvent invoqués.

Traité du droit de succession, par M. Hureaux, vice-président du Tribunal civil de Charleville, t. I[2]. — Voilà l'œuvre d'un

1 Bruxelles, veuve Parent et fils, éditeurs.
2 Paris, Marescq aîné. Charleville, Gustave Letellier.

jurisconsulte qui sait allier à la pratique la théorie. L'auteur, dans son avant-propos, expose sa méthode; elle consiste à mettre en lumière : 1° la pensée philosophique ancienne; 2° le lien vivant; 3° et les aspirations légitimes de la civilisation actuelle. Sans doute, dit M. Hureaux, la pratique est nécessaire, mais c'est à la théorie que la science doit ses découvertes les plus importantes, et c'est toujours en cherchant spéculativement la vérité qu'on a trouvé l'utilité. Nos anciens jurisconsultes se sont bien gardés de donner à la pratique la prééminence sur la théorie, ils les mariaient ensemble : « C'est presque en tous arts, dit Loyseau, qu'il y a deux parties nécessaires à leur perfection : la théorie qui fournit les préceptes, et la pratique qui les met en œuvre. Le droit romain, c'est la théorie, et notre usage est la pratique de la jurisprudence ; l'un sans l'autre est manqué et défectueux, il faut donc marier le droit avec la pratique, l'usage avec la raison. »

Dans une première étude, M. Hureaux traite de la délation de l'hérédité aux héritiers légitimes. Il la suit à travers les âges, chez les Romains, dans les pays coutumiers et dans le droit intermédiaire, puis il arrive au Code Napoléon ; pour lui la délation de l'hérédité, telle qu'elle est réglementée aujourd'hui, satisfait à toutes les exigences, et si l'on vient à réviser un jour le Code Napoléon, on devra bien se garder de toucher au titre des successions. Il n'y aurait que deux modifications à introduire en cette matière : la première concerne les successions dont il est question dans les articles 747, 350 et 341. M. Hureaux voudrait qu'on les insérât dans le chapitre qui traite des successions irrégulières. Il comprend difficilement qu'un ascendant donateur, qui vient en cette seule qualité reprendre, à l'exclusion de tous autres, dans la succession de son fils donataire décédé sans postérité, les biens par lui donnés et qui existent encore en nature dans le patrimoine laissé par ce dernier, puisse être considéré comme un successeur à la personne, obligé d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour n'être pas tenu *ultra vires*.

La seconde modification qui devrait être introduite d'après M. Hureaux est relative au conjoint survivant. On sait que, dans notre droit, il vient après toutes les autres, le fisc excepté. M. Hureaux serait d'avis qu'on lui assurât, dans le cas où il n'y aurait pas d'enfant, un usufruit convenable et capable de le

mettre à même de conserver l'aisance qu'il a pu avoir avant le décès de son conjoint.

Après ces observations préliminaires, l'auteur aborde l'analyse des dispositions du Code Napoléon relatives au droit de succession. Le premier paragraphe est consacré aux règles générales qui planent sur l'ensemble du système ; le second, à la représentation ; le troisième, à l'exposition de la délation de l'hérédité *ab intestat* aux divers ordres de successeurs ; et le quatrième, à la succession particulière de l'ascendant donateur. M. Hureaux a étudié sous toutes ses faces cette succession, appelée par quelques auteurs *succession anormale*. Il indique nettement les principes, et discute avec une vigueur et une clarté remarquables ; ainsi, à propos de la question de savoir si l'ascendant donateur est tenu des dettes *ultra vires*, il combat avec une grande force de logique le système de M. Demolombe, qui assimile l'ascendant donateur à un héritier ordinaire. « Sans doute, dit-il, la succession dont il s'agit est une succession, mais c'est une succession d'une nature spéciale, particulière, différente et singulière ; l'ascendant n'est pas un héritier dans le sens propre du mot, ce n'est qu'un héritier imparfait, un héritier anormal, irrégulier, extraordinaire, en d'autres termes, un successeur aux biens. Par conséquent, il ne doit être tenu de la contribution aux dettes que *propter rem*, et il a le droit de délaisser pour se débarrasser des poursuites, comme pourrait le faire tout successeur aux biens seulement... L'article 747 décide en termes formels qu'il succède aux biens seulement qu'il a donnés à son enfant décédé sans postérité. — D'après les anciens principes, reproduits sans aucun doute par le Code Napoléon, les successeurs aux biens, qui ne sont pas des héritiers proprement dits, par conséquence de la règle : *Dieu seul fait des héritiers*, ne sont jamais obligés aux dettes que jusqu'à concurrence de leur émolument. » Puis, après avoir invoqué d'autres arguments également d'une grande force, M. Hureaux remarque avec raison qu' « un ascendant tenu des dettes de son enfant prédécédé *ultra vires*, et exposé à se trouver ruiné, parce qu'il aura eu la bonté de lui faire une donation, alors qu'il est de principe que les donations ne sauraient jamais obliger au delà de leur émolument, est quelque chose d'excessif et même d'impossible. »

L'étude deuxième est consacrée à la saisine des héritiers légitimes.

Nous trouvons ici des renseignements très-curieux sur l'histoire de la saisine, des applications très-justement déduites de la saisine, telle qu'elle est organisée par le Code Napoléon, et un système très-habilement soutenu sur une question controversée, la question de savoir quel est le sens véritable des articles 724, 775 et 789 du Code Napoléon ; en autres termes, si l'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans est déchu de la faculté de renoncer et doit être réputé héritier pur et simple. L'opinion enseignée généralement dans nos écoles consiste à dire que l'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans est déchu du droit de renoncer ; de par la loi il est saisi des droits et actions du défunt, il est dans la succession. La loi lui donne la faculté d'en sortir au moyen de la renonciation ; s'il n'a pas usé de la faculté que la loi lui accorde dans le délai de trente ans, il reste définitivement ce qu'il était, il consolide, confirme la qualité qu'il avait, celle d'héritier acceptant, tenu d'acquitter tout le passif. — Ce système était soutenu par un professeur qui a laissé des souvenirs impérissables à la Faculté de droit de Paris, M. Bugnet.

M. Hureaux formule ainsi son système tel qu'il lui semble résulter du droit coutumier : le mort saisit le vif activement, sous la condition s'il ne renonce pas. Il le saisit passivement sous la condition si le vif ne s'abstient pas, en d'autres termes, s'il accepte (C. Nap., art. 775,777). L'abstention trentenaire équivaut et conclut à une renonciation expresse. « De là il résulte : 1° que dans ses rapports avec les créanciers de la succession, l'héritier n'est en principe saisi que sous la condition s'il accepte, ce qui nous donne l'explication des articles 775 et 777 du Code Napoléon, et que la prescription de la faculté de renoncer de l'article 789 qui fait le tourment des interprètes n'empêcherait pas l'héritier, qui n'en serait pas forclos, de jouir du bénéfice d'abstention à l'égard des créanciers de la succession, lequel ne se prescrit pas... » M. Hureaux cite en ce sens Tiraqueau, d'Argentré, Charondas, Ferrière, Boucheul, Poquet de Livonière, et enfin d'Aguesseau. « La règle, en pareil cas, dit l'illustre chancelier, est de fixer un dernier terme fatal à l'héritier pour déclarer précisément s'il accepte ou s'il renonce : faute de quoi,

et après le temps passé, on peut permettre aux créanciers de saisir ses biens propres pour le forcer à s'expliquer, la plus grande rigueur étant de le réputer héritier par provision après l'expiration du dernier terme. » Pour M. Hureaux : 1° le successible qui ne s'est pas immiscé peut toujours renoncer à la saisine, tant qu'elle existe à son profit ; 2° même sans renoncer, il lui suffit de ne pas accepter, c'est-à-dire de s'abstenir, à moins qu'il ne soit forclos du droit d'abstention, au cas particulier des articles 797 et 800 du Code Napoléon. La Cour suprême a dit que « le cohéritier abstenant trentenaire est censé avoir renoncé et être demeuré étranger à la famille, tandis que le cohéritier ou le successible d'un degré inférieur diligent doit être considéré comme ayant possédé de fait et de droit à partir du décès. »

Ce livre I se termine par une étude sur ceux qui profitent de la saisine et ceux qui ne peuvent en profiter.

M. Hureaux expose très-bien la théorie de l'indignité ; il ne laisse dans l'ombre aucun point de la matière. Suivant lui, l'action en indignité peut être exercée par les créanciers ; elle appartient à la catégorie des actions rescisoires, et les interprètes sont unanimes pour décider que les actions rescisoires en général ne sont pas essentiellement liées à la personne. Le grand argument de ceux qui déclarent cette action exclusivement personnelle est celui-ci : il s'agit d'un débat de famille. Non, répond l'auteur, il s'agit aussi d'un intérêt pécuniaire, qui fait partie du patrimoine du débiteur, et qui, par conséquent, doit pouvoir être utilisé par ses créanciers, comme tout autre gage de leurs créances. Et puis il n'est pas juste de dire que cette action a été instituée par la loi dans l'intérêt de ceux auxquels elle l'a accordée ; elle s'est préoccupée de l'intérêt public, elle a voulu, en excluant l'indigne, donner une satisfaction à la morale et à l'ordre public. Ces raisons me semblent péremptoires.

Quels sont les effets de l'indignité à l'égard des tiers ? Les aliénations et constitutions de droits réels consenties par l'héritier, avant que son indignité ait été déclarée par jugement, doivent-elles être maintenues ? L'affirmative compte un nombre considérable de partisans. L'indigne a été bien et dûment héritier tant que l'indignité n'a pas été prononcée ; il s'agit ici d'une peine, et les peines sont personnelles et ne doivent rejaillir sur les

tiers qui n'ont commis aucune faute (art. 958) : tels sont les arguments principaux qu'invoque l'affirmative. M. Hureaux les combat énergiquement ; dans son opinion, la rescision de la saisine pour cause d'indignité a lieu *ex tunc* : « Le domaine de l'indigne était révocable, infecté d'un vice originaire ; l'événement rescisoire se produit, par conséquent les choses sont remises au même état que si aucune aliénation n'avait eu lieu. J'avoue, pour ma part, que le système de la généralité des auteurs semble, *à priori*, plus équitable. Comment ! des tiers qui ont contracté de bonne foi avec l'héritier plus tard déclaré indigne verront leurs droits anéantis, résolus, par l'effet d'un fait qui leur est complétement étranger et qu'ils n'ont pu peut-être prévoir ! Mais M. Hureaux fait observer que les actions résolutoires et révocatoires existent dans notre législation, qu'il faut les respecter tant qu'elles existeront, et que la bonne foi, à elle seule, n'a été et ne sera pour l'acheteur un moyen d'acquérir ce qui n'appartient pas au vendeur. D'ailleurs, dans la théorie généralement admise, on va contre le but même que le législateur s'est proposé. Le législateur a voulu empêcher l'héritier déclaré indigne de conserver un profit quelconque de l'hérédité ; eh bien, avec le système des auteurs, « il pourra hypothéquer les biens de la succession, les dissiper ou les employer au payement de ses dettes personnelles, pour ensuite solder le montant de son compte avec ceux qui l'excluront, en leur jetant pour tout avoir son insolvabilité. »

Ce premier volume, que je viens d'analyser, est remarquable à tous les points de vue ; la doctrine, la pratique, les idées morales, philosophiques et économiques sont mises en relief en un style éminemment simple et net. L'auteur s'écarte quelquefois des sentiers battus, repousse quelquefois les systèmes généralement enseignés ; mais il soutient si bien son opinion, les arguments qu'il invoque sont si puissants, que plus d'un de ses adversaires sera peut-être tenté de se rallier à lui. L'ouvrage de M. Hureaux est maintenant terminé, je viens de recevoir quatre autres volumes. Ces études sur notre législation successorale me semblent si importantes, que je leur réserve à chacune une analyse complète. On est heureux de lire des travaux aussi approfondis.

L. DE RESBECQ.

DU

VOL ET DE SA RÉPRESSION

D'APRÈS LES LOIS GERMAINES.

(Suite et fin[1].)

II

Auteur du vol. — Dans le droit germanique, la condition du voleur, son rang dans la société influent sur la procédure et la pénalité, et nous allons tenter d'esquisser les principales différences qui en résultent. La plupart des lois germaines ne distinguent que deux classes de personnes : les hommes libres et les esclaves.

L'*homme libre* qui se rend coupable d'un vol, et se trouve poursuivi, doit se disculper par serment et en amenant avec lui des cojurateurs qui viennent attester sa moralité.

La loi des Frisons, qui divise les hommes libres en plusieurs catégories, indique des différences dans le montant du wehrgeld et la qualité des cojurateurs que doivent produire le noble, l'homme libre et le lite accusés de vol[2]. — La législation des Wisigoths, profondément empreinte de l'esprit romain, admet seule la torture à l'égard des hommes libres, et encore ici le rang influe sur son application : la *nobilis persona* ne peut être mise à la torture pour vol, tandis que l'*humilior* ou *inferior* y est exposé pour un crime emportant une composition de 500 sous[3]. — L'homme libre est puni le plus ordinairement d'une composition pécuniaire, mais quelquefois aussi il subit un châtiment corporel ou la peine de mort. — Sa composition comprend toujours une valeur supérieure à celle de l'objet volé; et s'il ne peut l'acquitter, le voleur est livré à son créancier, qui a le droit d'en disposer.

[1] Voir *Revue historique*, t. XIII, p. 321.
[2] L. fris., t. III.
[3] L. wis., l. VI, t. I, § 2.

L'*esclave* qui commet un vol est, dans presque toutes les législations, soumis à des peines corporelles ; car, n'ayant rien à lui (sauf parfois un pécule que le maître a même le droit de revendiquer), les peines pécuniaires ne sauraient l'atteindre. — L'esclave n'est pas une personne, c'est une chose : dans le cas où il est accusé d'un vol important, ce n'est pas à lui qu'on demande le serment, mais à son maître. — Avant de soumettre l'esclave à la torture, on laisse au maître le droit de le racheter ; et s'il succombe sans avoir avoué, ou s'il est estropié, c'est à lui qu'on doit une indemnité pour avoir causé un dommage à sa propriété. — La composition imposée à l'esclave en cas de vol ne comprend ordinairement que la valeur de l'objet soustrait ; le tort causé par l'esclave doit être réparé par le maître, qui en est responsable, comme il le serait du dommage qu'un de ses animaux domestiques aurait occasionné chez un tiers. — Si le maître refuse de réparer le dommage causé par son esclave, il doit le céder au plaignant[1].

Dans tous les cas, il faut distinguer si le maître a eu ou non connaissance du crime de son esclave ; car, s'il l'avait su avant son exécution, il serait complice et jouerait même quelquefois le rôle d'auteur principal.

Un vol peut être commis à la fois par un homme libre et un esclave agissant de concert. Si l'esclave appartient à l'homme libre, il est excusé comme ayant exécuté les ordres de son maître et n'ayant pu faire autrement. Aucune peine ne lui est appliquée, et le maître est seul condamné comme auteur du vol. — Si l'esclave n'appartient pas à l'homme libre qui est compromis avec lui, ils doivent subir chacun une peine appropriée à leur condition. — Chez les Burgondes, par exemple, si un vol est commis par un ingénu et par un serf, l'ingénu paye trois fois la valeur de l'objet soustrait et l'esclave est fustigé ; mais on ne peut rien réclamer à son maître[2]. — La femme de l'esclave voleur, qui n'a pas accompagné son mari, n'est pas considérée comme coupable, bien qu'elle ait profité du vol, si elle appartient à un autre maître que lui. C'est le propriétaire du mari qui est seul responsable.

[1] Voir Yanoski, *De l'abolition de l'esclavage*, p. 9. — L. sal., t. XXIX.
[2] Lomb., édit. de Rotharis, CCLXVI.

Complicité. — Les lois germaines s'occupent assez souvent des complices du vol, qu'elles nomment *consentiens* ou *collega furis*, *particeps criminibus*, etc. Elles font rentrer dans cette classe non-seulement les coopérateurs qui, présents au vol, ont aidé le coupable à le commettre, mais ceux aussi qui, ayant autorité sur lui, en ont abusé pour le lui ordonner et le diriger; ceux qui, le vol commis, ont aidé le coupable à fuir, l'ont caché, ont refusé de le remettre entre les mains des juges, ou ont conservé chez eux les objets soustraits. Les lois leur assimilent aussi ceux qui, ayant eu connaissance du crime, ne l'ont pas révélé.

Ainsi la première rédaction de la loi salique punit les compagnons de celui qui ira attaquer une *villa* d'une composition de 62 sous et demi chacun, comme l'auteur principal[1]; et le même fait, prévu dans des textes postérieurs[2], maintient le chiffre de 62 sous et demi à l'égard des complices, quoiqu'il élève à 200 sous la peine de l'auteur principal. — La même loi punit d'une composition de 200 sous celui qui a violé une sépulture ou a payé quelqu'un pour commettre ce crime[3].

La fuite du coupable étant un fait très-fréquent chez les Germains, puisque souvent elle était pour l'auteur du vol le seul moyen d'échapper à la vengeance de sa victime, les lois renferment de nombreuses dispositions contre ceux qui cacheraient le voleur, l'aideraient à fuir, lui fourniraient des moyens de subsistance ou le déguiseraient pour le soustraire plus facilement à la poursuite de ses ennemis ou aux recherches de la justice[4].

Les Lombards condamnent le batelier qui est convaincu d'avoir fait passer le fleuve à un fugitif ou à un voleur, et le garde du pont qui l'a laissé traverser le pont, à la composition du vol et à 20 sous en plus. Si le voleur avait avec lui l'objet volé, ils devront de plus le retrouver ou en restituer la valeur[5]. On a

[1] L. sal., t. XIV, 6 (édit. Merkel).

[2] L. sal. emend., t. XVI (Walt., I, 29).

[3] « Auctor vero sceleris hujus, si ipse hoc fecit et comprobatus fuerit, « vel alium ad istud faciendum locaverit... » L. sal. emend., t. LVII, 6; Walt., I, 78.

[4] Voir l. rip., t. LXXX; l. burg., t. VI; l. ant. wis., LIX, t. I, chap. XIX.

[5] Edit. Rotharis, CCLXX à CCLXXIII.

donné pour raison de cette aggravation de peine le caractère d'office public qu'avait la charge de ces agents [1].

Un texte de la loi des Burgondes prévoit un fait assez singulier de complicité qui a excité l'attention de la plupart des auteurs qui se sont occupés de droit germanique : « Quicumque « ingenuo aut servo fugienti nesciens *capillum fecerit*, etc. [2]. »

Canciani voulait voir dans cette phrase « faire pousser, laisser croître les cheveux », et Davoud-Oghlou combat cette opinion en disant qu'il faut trop de temps pour faire pousser les cheveux d'un homme, et suppose qu'on a aidé le coupable à fuir en lui fournissant une perruque. Du Cange traduisait *facere capillum* par *faire les cheveux*, et ce nous semble être la véritable version, si on le comprend par *raser*. Les Germains ayant toute leur chevelure, c'était le meilleur moyen de les rendre méconnaissables.

Le recéleur vient aussi se placer auprès du voleur devant la justice. Il est considéré comme complice s'il reconnaît avoir chez lui l'objet soustrait, et s'il ne vient avec des cojurateurs affirmer qu'il en ignorait l'origine [3].

Enfin tous ceux qui ne révèlent pas le vol dont ils ont eu connaissance sont aussi poursuivis [4].

Dénonciation. — La dénonciation était obligatoire chez les nations germaniques. Tout homme qui venait à connaître un vol devait sur-le-champ aller trouver le juge et accuser le voleur. Des pénalités sévères sont portées contre ceux qui négligent de s'acquitter de ce devoir.

La loi gombette considère comme complices la femme et les enfants âgés de plus de quatorze ans d'un voleur de chevaux ou de bœufs, qui ne l'ont pas dénoncé [5]. « Cette loi, dit Montesquieu, était contre la nature : une femme accusatrice de son

[1] Dalloz, *Répertoire de législation*, v° Complicité.

[2] L. burg., t. VI, chap. IV.

[3] Voir plus loin dans la *Procédure*. L. bav., l. VIII, t. XIV, chap. I, etc.

[4] Voir plus loin la *Dénonciation*.

[5] « Et uxor ejus commissum crimen non statim prodiderit, ut occiso « marito suo, quoque libertate privetur et in servitium ejus cui factum « sine dilatione tradatur, quia dubitari non potest et sæpe compertum est « eas maritorum suorum criminibus esse participes. » L. burg., t. XLVII.

mari! un fils accusateur de son père! Pour venger une action criminelle, on en ordonnait une plus criminelle encore[1]. »

Chez les Wisigoths, celui qui, étant informé d'un vol, ne le dénonce pas doit être puni comme voleur[2], et l'*index* ou délateur qui était complice du vol qu'il aura révélé sera absous, mais ne touchera rien pour sa dénonciation et sera condamné à une simple restitution[3]. — La loi des Saxons punit comme voleur toute personne qui, ayant connu un vol, ne l'aura pas fait connaître[4].

La dénonciation était rétribuée. Plusieurs textes nous en fournissent la preuve : chez les Burgondes, nous voyons un *vegius* sur lequel les auteurs ne sont pas tous d'accord, mais que l'on a souvent considéré comme un sorcier, et qui est employé à dénoncer les coupables et à rechercher les objets volés. Dans les additions de la loi se trouve le tarif de ce qui lui est dû par objet retrouvé[5]. Dans le principe, ce payement était fait en commun par le voleur et le volé, mais la loi des Burgondes le met à la charge du voleur seul. — Dans la loi des Wisigoths, l'index est celui qui découvre le voleur et l'objet volé; le titre I du livre VII lui est entièrement consacré et renferme des détails sur la conduite que doit tenir l'index et les cas où il doit être appelé, sur l'index complice du vol, sur la confiance qu'on doit avoir dans un serf révélateur (dont le témoignage ne doit être admis que si son maître atteste sa moralité), et sur la récompense que mérite l'index. On ne doit lui donner que la valeur de l'objet volé, et il ne peut recevoir ce prix que lorsque la composition a été payée à la victime. Si le coupable mérite la mort, s'il est insolvable, ou si c'est un esclave dont le maître

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. III.

[2] L. ant. wis., l. VII, t. II, chap. VII.

[3] *Ibid.*, l. VII, t. I, chap. IV.

[4] L. sax., t. IV, chap. VIII.—Voir aussi loi des Francs chamaves, § 31.« Si « quis latronem viderit cum furto ambulantem et cognitum non fecerit, in « fredo dominico solidos quatuor componere faciat. »

[5] Add. prim., t. VIII, *De viatoribus*. « Quicumque mancipium, caballum, bovem, vaccam, vervecem, porcum, apem, capram perdiderit donet « vegio : pro mancipio solidos quinque, pro equa solidos duos, pro caballo « solidos tres, pro bove optimo solidos duos, pro vacca solidum unum, pro « capra tremissem. »

réclame les biens comme sa propriété, l'index devra se contenter du tiers des objets retrouvés par ses soins.

Le dénonciateur pouvait être tenu de prouver son accusation par le duel judiciaire ou les épreuves [1].

Les lois sont presque unanimes pour condamner le faux dénonciateur, ou celui qui ne peut prouver son accusation, à la peine qu'encourait l'accusé [2].

Arrestation. — Les lois prescrivent d'arrêter le voleur pris en flagrant délit et de le conduire au comte ou au centenier.

Les chapitres II, XII et XIII du pacte de Childebert et de Clotaire établissent et réglementent ce droit, sur lequel la loi ripuaire fournit de nombreux détails.

Si un voleur pris sur le fait, dit-elle, a été lié par plusieurs hommes réunis pour constater le crime et en fournir la preuve, il n'est pas admis à présenter sa justification ; mais s'il a été arrêté par un propriétaire seul assisté de ses gens, il pourra se justifier, et son plus proche parent sera libre d'attester son innocence avec six cojurateurs [3]. La même loi oblige, sous peine de 60 sous d'amende, le Ripuaire qui a arrêté un voleur à le soumettre au jugement du prince, et le rend passible de cette peine s'il le relâche et contrevient à cette disposition [4]. — La loi des Francs chamaves frappe de la même amende celui qui, après avoir arrêté un voleur dans le pagus, ne le conduit pas au comte ou au centenier [5].

Arrêté ainsi en flagrant délit, le voleur était conduit chez le magistrat chargé de l'interroger, de constater le vol et de recevoir les dépositions du plaignant et des témoins. Pendant le trajet, et en attendant le moment où il devait comparaître, il pouvait venir à s'échapper, soit de concert avec ses gardiens, soit

[1] L. fris., t. III, chap. VIII, etc.— Nous reviendrons plus loin sur ce point en parlant des preuves.

[2] L. wis. ant., l. VII, t. I, chap. V ; l. bajuv., l. VIII, t. XVII, chap. I, et Const. Tassil., chap. XIII ; l. lomb., Luitprand, l. VI, t. LVIII; l. fris., t. III, chap. VIII et IX; l. sax., t. IV, chap. VIII.

[3] L. rip , t. XLV, *De ligaminibus ingenuorum*.

[4] *Ibid.*, t. LXXIII.

[5] L. fr. cham., chap. XXX. « Si quis infra pagum latronem comprehenderit et ante illum comitem non adduxerit, aut ante suum centenarium, solidos sexaginta componere faciat. »

malgré ceux-ci. Les lois frappent de peines sévères la connivence ou le défaut de précautions qui auraient permis au coupable de s'évader. Ainsi la loi des Ripuaires condamne le gardien négligent à payer 40 sous d'amende, mais lui permet de se justifier en affirmant avec six cojurateurs que c'est contre son gré que le voleur qui lui était confié a pris la fuite[1].

Childebert, par son édit de 595, compléta les dispositions relatives à l'arrestation des coupables. « Quant aux voleurs et malfaiteurs, dit-il, lorsque cinq ou sept hommes honorables affirmeront par serment et sans haine personnelle leur culpabilité, nous ordonnons qu'ils soient mis à mort comme ayant volé contrairement à la loi et ne devant pas être protégés par elle[2]. Le juge qui sera convaincu de les avoir relâchés perdra la vie[3]. A Cologne, ajoute-t-il, il a été décidé aux calendes de mars, et nous avons fait publier que, dès qu'un vol sera parvenu à la connaissance du juge, il devra se rendre de suite à la demeure du malfaiteur et le faire attacher. Si c'est un Franc, il sera amené en notre présence; si c'est un homme de rang inférieur[4], il sera pendu sur place[5]. Le refus de prêter main-forte au centenier ou au juge pour l'aider à s'emparer du voleur est puni d'une amende de 60 sous. » Pour mieux assurer l'exécution de ces mesures, le décret rend chaque centaine responsable des crimes commis sur son territoire et permet de traduire en justice le centenier, si le voleur ne se retrouve pas. La centaine pouvait poursuivre le voleur sur le territoire de la centaine voisine; et si elle rencontrait de la résistance, ceux qui avaient entravé la poursuite devaient livrer le voleur ou payer l'indemnité.

Par un décret que l'on fixe à 595, Clotaire II établit en Neustrie les centaines et les rendit de même responsables, parce que les gardes ne suffisaient pas pour prendre les voleurs de nuit qui, aidés des habitants, passaient d'un lieu à un autre. Il re-

[1] L. rip., t. LXXIII, chap. III et IV.

[2] *Sine lege involavit, sine lege moriatur.* Suivant M. Pardessus, ces mots signifient *sans jugement*, et indiquent qu'il ne faut pas de sentence pour exécuter le voleur.

[3] Chap. VII. Walter, t. II, p. 9.

[4] *Debilior persona.* M. Pardessus traduit *un lite*; M. Naudet, *un ingénu n'ayant point de biens*; et Le Huërou, *un Romain.*

[5] Chap. VIII.

produit les dispositions de Childebert et réduit à 5 sous l'amende encourue pour refus d'aide au juge ou au centenier[1].

En se réfugiant dans une église ou dans une abbaye, le coupable pouvait échapper à la poursuite ; mais il ne pouvait y rester toujours, et, pendant le temps qu'il s'y trouvait, il devait traiter de sa composition et sauvegarder sa vie. Grégoire de Tours nous fournit de fréquents exemples de l'exercice du droit d'asile[2].

Détention préventive. — Le voleur était jugé dans un *mallum ;* mais les *mallum* n'étaient pas tenus journellement : ils se trouvaient convoqués soit à des époques périodiques, soit pour un jour spécialement désigné ; un certain laps de temps était nécessaire pour réunir les preuves, trouver des témoins et des cojurateurs. Le voleur arrêté se trouvait donc détenu pendant l'intervalle du jour du fait ou de l'arrestation au jour du jugement. Cette détention avait lieu soit dans une prison, soit chez une personne qui répondait du voleur.

La loi ripuaire permet à celui qui a laissé échapper le voleur dont il s'était emparé de se justifier avec six cojurateurs, en affirmant que c'est contre son gré qu'il a pris la fuite, et sinon l'oblige à payer 60 sous[3]. — La loi des Wisigoths comprend un ensemble de dispositions sur cette matière, qui peut se résumer ainsi : le voleur arrêté ne peut être gardé plus d'un jour et d'une nuit chez celui qui l'a arrêté, et doit après ce délai être conduit au juge; si l'accusé est reconnu innocent, celui qui l'a arrêté et celui qui l'a gardé ne devront rien recevoir pour frais de chaînes ou de geôle (*cathenatici*), ni comme payement ; mais s'il est déclaré coupable, ils recevront 1 trémisse. Si, trompant la

[1] Walter, t. II, p. 11.

[2] Voir l. burg., t. LXX. — Notre confrère M. de Beaurepaire a publié sur le droit d'asile un travail étendu dans la *Bibliothèque de l'Ecole des chartes,* t. XIV et XV. « L'asile, dit-il, sauvait le coupable de la mutilation et de la mort, et nécessitait la composition; mais il n'avait point pour effet de rendre inapplicable toute espèce de peine civile ni même de châtiment corporel. » T. XIV, p. 577.

[3] L. rip., t. LXXIII, chap. III. « Si autem ligatus fuga lapsus fuerit et hoc « cum sex juraverit, quod absque voluntate fuga lapsus fuisset, innocens « habeatur. » *Ibid.*, IV. « Si autem, cui commendatus fuerit, fuga evaserit, « sexaginta solidis culpabilis judicetur. »

vigilance de son gardien, l'accusé s'est échappé, ou s'il a corrompu celui-ci et obtenu qu'il le renvoyât sans l'ordre du juge, le gardien négligent devra subir la peine que méritait le prisonnier qui lui était confié[1]. Les comtes, les juges pouvaient être détenus préventivement pour un crime; mais la loi défendait aux médecins de les visiter sans être accompagnés du gardien, pour éviter qu'ils ne puissent leur donner du poison[2].

Recherche de l'objet volé. — En cas de soustraction d'un objet mobilier, de disparution d'un animal domestique, en un mot lorsqu'un vol a été commis, la victime cherche à retrouver la trace de sa propriété, s'adresse au *vegius* ou *delator*, et se met elle-même en quête. Chez les Saliens, trouve-t-elle ce qui fait l'objet de sa recherche, elle a le droit de le revendiquer entre les mains du détenteur et d'en obtenir le dépôt en main tierce. Ce séquestre doit durer quarante ou quatre-vingts jours, suivant les délais de distance, et pendant ce laps de temps la personne entre les mains de laquelle l'objet a été trouvé cite au *mallum* tous ceux qui ont vendu ou livré la chose ainsi séquestrée. Mis tous en présence, les possesseurs successifs s'expliquent sur les marchés qu'ils ont conclus et s'appellent en garantie. Celui qui, sans cause légitime, s'abstient de comparaître, est considéré comme l'auteur du vol, lorsque trois témoins reconnaissent qu'il a été réellement cité et lorsque le même nombre affirme que le précédent détenteur tenait de lui l'objet en litige. La peine consistait en une composition de vol payée au réclamant et dans le remboursement à son acquéreur du prix qui lui avait été payé[3].

Le propriétaire dépossédé qui suivait la piste des animaux qui lui avaient été soustraits et les retrouvait dans le délai de trois jours pouvait forcer le détenteur, qui prétendait en avoir acquis la propriété par achat ou par échange, à les consigner en main tierce et à justifier de son droit; mais, après ce délai, le détenteur pouvait en rester dépositaire en s'engageant à fournir

[1] L. wis., l. VII, t. II, § 22.

[2] *Ibid.*, l. XI, t. I, § 2. « Nullus medicorum, ubi comites, tribuni aut « judices, aut villici in custodiam retruduntur, introire præsumat sine « custode carceris, ne illi per metum culpæ suæ mortem sibi ab eodem « explorent. »

[3] L. sal., t. XLVII, *De filiortis*.

la preuve de sa propriété. La victime ne pouvait employer la force pour rentrer en possession de l'animal qui lui avait été soustrait, sous peine de payer une composition de 30 sous [1].

Le droit de perquisition existait-il chez les Germains?

Admis par un grand nombre d'auteurs, et paraissant s'appuyer sur de nombreux textes, il a pourtant été contesté par quelques-uns des commentateurs des lois barbares, qui prétendent qu'il ne pouvait s'exercer que du consentement du propriétaire ; que le respect du domicile était tel chez les Germains, qu'on ne pouvait en admettre ainsi la violation ; mais que le refus de laisser exercer ces perquisitions par celui qui se croyait victime d'un vol établissait, contre celui chez lequel on supposait l'objet caché, une présomption de vol.

En tous cas, celui qui allait *ad res suas requirendas* ne pouvait employer la force, soit pour pénétrer dans la maison où le conduisaient les vestiges, soit pour rentrer en possession des objets qui lui avaient été soustraits, et qu'il trouvait dans la possession d'autrui. Il devait se borner à suivre les traces (*vestigium minari*), à surveiller les alentours, à citer le détenteur et à réclamer, suivant les cas, le séquestre des objets suspectés.

Les lois indiquent les chiffres variables auxquels s'élevait le taux de la composition dans le cas où on avait ainsi violé le domicile de l'individu supposé détenteur d'un objet volé, et la loi des Allemands fixe une composition spéciale dans le cas où les soupçons n'ont pas été justifiés et où la violation de domicile a eu lieu ainsi sans motifs.

Lorsque, pour dérouter les soupçons, se défaire de l'objet dont la possession présente des dangers, ou dans le but de nuire à quelqu'un, on va cacher et déposer dans une maison un objet volé qui y est ensuite découvert, cette manœuvre devient un crime que les Saliens punissent d'une composition de 62 sous et demi [2].

Pour éviter des poursuites, le voleur se hâtait de vendre le produit du vol, et quelques lois prennent la précaution de recommander aux acquéreurs de s'enquérir de la provenance des objets qu'ils achètent, et indiquent les précautions qu'ils ont à

[1] L. sal., t. XXXVII, *De vestigio minando*.
[2] L. sal., t. XXXIV.

prendre pour mettre leur bonne foi à couvert et éviter une revendication [1].

Nous n'avons pas de renseignements spéciaux sur la forme des jugements chez les Mérovingiens : la composition du tribunal, ses formes de procéder nous sont peu connues, et nous n'avons rien trouvé de particulier au vol dans la rédaction de la sentence et son exécution [2]. Nous nous bornerons donc à passer rapidement sur les preuves, afin d'arriver au système de la pénalité.

Preuves. — Les moyens de preuves signalés dans le droit germanique sont : l'aveu du coupable, les dépositions des témoins et des cojurateurs, et les épreuves ou jugement de Dieu, à défaut des premiers [3].

L'aveu est toujours accepté comme la meilleure preuve, et, sauf pour les esclaves, à l'égard desquels la torture est admise, l'aveu est volontaire. La question, institution romaine contraire aux idées germaines et combattue énergiquement par l'Eglise, ne se trouve employée pour les hommes libres que dans la loi des Wisigoths. Mais elle n'y est même indiquée en cas de vol que contre les personnes d'une classe inférieure (*inferior* ou *humilior persona*), et lorsque l'accusation porte sur un objet d'une valeur de plus de 500 sous. Le plaignant doit, avant la question, produire une déposition écrite qui sera comparée avec les réponses de l'accusé [4].

La loi salique prescrit l'emploi de la torture à l'égard des esclaves, et en règle ainsi les conditions : l'accusateur (qui ne peut demander la mise à la torture de l'esclave que pour un vol emportant une composition de 45 sous pour un homme libre) doit venir trouver le maître de l'esclave et le sommer d'em-

[1] L. bav., t. VIII, chap. XIII, § 1 ; l. wis., l. VII, t. II, § 9.

[2] Le titre II, chap. XV, de la loi des Bavarois donne sur la tenue du plaid quelques détails curieux : le comte doit avoir avec lui le juge, et le juge doit avoir le livre de la loi sous les yeux, « *ut semper rectum judicium ju-* « *dicet de omni caussa quæ componenda sunt.* » — Voir les Dissertations IX et X de M. Pardessus.

[3] Nous renverrons, pour l'étude des preuves, à la XI[e] Dissertation de M. Pardessus et aux cours de M. Tardif des 14, 16 et 21 juin 1864.

[4] L. wis., l. VI, t. I, chap. II.

ployer la torture sans retard pour contraindre son esclave à déclarer la vérité. En adressant cette demande, il doit se présenter muni d'un faisceau de verges de la grosseur du petit doigt et d'un petit banc pour y étendre l'esclave, qui doit recevoir cent vingt coups[1]. Si l'esclave succombait à la torture sans avouer, l'accusateur devait en rembourser la valeur au propriétaire.

Les autres moyens de preuve ne sont pas spéciaux au vol ; ce sont d'abord les témoins, qui déposent *de visu et auditu* des faits auxquels ils ont assisté, et les cojurateurs qui viennent fournir une preuve négative en appuyant le serment de l'inculpé et en attestant que sa moralité s'oppose à ce qu'il soit coupable du crime qui lui est imputé[2]. A défaut de témoins ou de cojurateurs, on avait recours aux épreuves et au duel judiciaire[3]. L'épreuve usitée le plus généralement est celle de l'eau bouillante, désignée dans la loi salique sous le nom d'*inium* (dérivé d'*œneum*), parce qu'on y employait une chaudière d'airain[4]. Nous trouvons le duel judiciaire employé fréquemment chez les Lombards, qui, après avoir eu longtemps grande confiance dans ce moyen, nièrent ensuite son infaillibilité. Grimoald soutint qu'un homme accusé de vol pouvait succomber malgré son innocence[5], et Luitprand accorda une indemnité à la per-

[1] L. sal., t. XL. — M. de Pétigny, qui décrit ce genre de question, lui donne à tort le nom d'*estrapade*. (*Histoire de l'époque mérovingienne*, t. III, p. 406.)

[2] Il nous semble inutile d'énumérer ici les conditions de fortune et de moralité que devaient remplir les témoins et les cojurateurs. Les dispositions indiquées à cet égard sont nombreuses et variables ; les législateurs se montraient difficiles dans le choix des témoins, excluant complétement certaines classes de personnes, comme les esclaves, les affranchis, les individus frappés par certaines condamnations, ceux qui n'avaient pas une propriété suffisante pour acquitter leur composition en cas de faux témoignage, etc. La partie adverse jouissait aussi à leur égard des droits de récusation et de reproche, etc.

[3] Nous ne rappellerons pas les discussions élevées chez les Francs, après leur conversion au christianisme, sur la légalité des épreuves judiciaires. Combattues par saint Avit et saint Agobard, ces anciennes croyances germaniques persistèrent dans le cours du moyen âge après avoir été défendues par Hincmar et d'autres personnages considérables de son époque.

[4] Plusieurs formules nous donnent des renseignements sur la bénédiction de l'eau, qui s'opérait avant l'épreuve.

[5] L. long., l. I, chap. xxv, § 51.

sonne condamnée pour vol lorsque plus tard l'objet se trouvait chez une autre [1].

Pénalité. — Au moment où les premières lois barbares sont rédigées par écrit, les peines consistent surtout en compositions pécuniaires. La victime jouissant d'un droit de vengeance renonce à l'exercer moyennant le payement d'une somme destinée à tenir compte de la valeur de l'objet soustrait, du dommage causé et de la violence exercée. C'est seulement en l'acquittant que le coupable peut se libérer et détourner ainsi les conséquences de son crime.

Au bout de peu d'années, le pouvoir royal se constitue, s'affermit, et à côté de l'intérêt privé se dresse l'intérêt général de la nation. La composition payée à l'offensé par le coupable ne suffit plus, la société réclame aussi une satisfaction pour l'outrage qui lui est fait, pour la violation de la paix publique ; près de la somme payée pour la *faida*, pour le prix de la vengeance, la loi inscrit le *fred*, l'impôt du fisc, l'amende dont le prix est réclamé par le juge.

Dès l'origine des législations germaniques, nous voyons, pour quelques crimes d'une gravité considérable, s'établir des peines excessives destinées à frapper l'esprit du peuple par la vue d'un supplice, horrible souvent par les détails de barbarie qui l'accompagnent. La peine de mort peut seule frapper d'effroi, inspirer une terreur salutaire à ces hordes encore sauvages, et chez lesquelles la civilisation ne s'introduit qu'avec peine.

Successivement l'argent cesse d'être payé pour le prix du sang ; l'influence des idées romaines sur le pouvoir royal amène une réforme dans la pénalité ; les châtiments corporels atteignent le coupable et viennent le frapper dans sa personne ; l'idée de la répression se substitue au sentiment de la vengeance. Mais cette transformation longue et difficile ne s'accomplit que pas à pas, et la période qui nous occupe est écoulée avant qu'elle se soit complétement opérée.

Composition. — La composition se compose de divers éléments, les uns fixes, les autres variables. A l'origine, c'est d'abord le

[1] L. long., l. VI, chap. LVI.

remboursement de la valeur de l'objet soustrait, à défaut d'une restitution en nature, lorsque cette dernière a été rendue impossible. A cette somme s'ajoute le prix fixé pour le rachat du droit de vengeance; et bientôt nous voyons le prince y joindre l'amende qui lui est due pour le trouble causé au pays. Des frais judiciaires sont aussi compris dans la composition, le payement du *vegius*, du *delator*, lorsque la législation permet de le rétribuer, les intérêts (*dilatura*), si le coupable tarde à s'exécuter et néglige d'acquitter sa dette.

En cas d'insolvabilité, de refus de payement, la loi prête main-forte contre le débiteur au créancier auquel elle a ainsi constitué des droits.

D'après la loi salique, le coupable insolvable peut être mis à mort par le créancier; mais c'est le dernier moyen auquel celui-ci a recours, car il trouve toujours préférable de garder son débiteur comme esclave et de le forcer ainsi à s'acquitter par son travail [1]. Toutefois, si le débiteur est insolvable, la condamnation pécuniaire prononcée contre lui peut s'appliquer contre ceux qui appartiennent à la même famille, en vertu de la solidarité qui, dans la famille germaine, pèse sur tous ceux qui sont unis par les liens du sang [2]. Chez les Lombards, la tradition du coupable s'applique comme dans le droit romain; l'homme libre, insolvable, qui ne peut payer la composition de vol, est

[1] Les Romains, chez lesquels la pénalité du vol se réduisait aussi en une condamnation pécuniaire, avaient décidé que l'auteur du vol pourrait toujours être adjugé au volé pour le servir jusqu'à l'acquittement général de sa dette. (Gaïus, III, 189; IV, 111.) — M. Troplong pense que cette réduction en esclavage fut une des causes qui contribuèrent à augmenter la population servile en Gaule, le débiteur insolvable venant prendre place auprès du vaincu et du serf d'origine (*Traité de la contrainte par corps*, p. CXXXV).

[2] Nous renvoyons au titre *De chrenecruda* (LVIII) de la loi salique pour les détails de la cérémonie par laquelle le débiteur insolvable, faisant à ses parents une cession entière de ses biens, leur transmet aussi des obligations. Ce sont alors les trois parents paternels et les trois parents maternels les plus proches qui sont tenus d'acquitter ses dettes. La *chrenecruda* fut abolie par le chapitre VI de l'édit de Childebert II, de 595, qui déclara que le meurtrier devait seul payer la composition de son crime. Toutefois cette disposition continua cependant à être insérée dans presque toutes les rédactions de cette loi postérieures à l'édit. (Voir Pardessus, Dissertation XII sur la loi salique.)

fait esclave soit à perpétuité si la composition atteint 20 sous, valeur ordinaire d'un esclave, soit seulement jusqu'au moment où par son travail il aura pu s'acquitter, si elle est inférieure à cette somme[1].

Quant à l'esclave coupable de vol, son maître a le droit de le céder au plaignant, qui peut le conserver ou le livrer au supplice.

Dans le cas de vol commis dans des sépultures, la loi salique et la loi ripuaire condamnent au bannissement le coupable qui n'acquitte pas la composition à laquelle il a été condamné[2]. Il est retranché de la société de ses semblables, et jusqu'à ce qu'il se soit libéré personne ne doit le secourir, sous peine d'amende. Désigné sous le nom de *wargus*, il devient un objet d'horreur, il est hors la loi, et celui qui le rencontre peut le tuer sans être poursuivi pour ce meurtre[3].

Nous devons donner quelques explications sur les termes employés pour indiquer les différentes parties de la composition.

Capitale. — Ce mot représente toujours la valeur de l'objet volé. La loi des Thuringiens admet à cet égard le voleur à prêter serment contre la réclamation faite par le plaignant au sujet de la valeur réelle de l'objet soustrait[4].

Au remboursement s'ajoute la *faida*, la réparation du dommage, le rachat de la vengeance. Son taux varie : il est tantôt trois, sept, huit, neuf, vingt-sept et jusqu'à soixante-douze fois la valeur de l'objet volé, et dans d'autres cas, ou suivant d'au-

[1] Luitprand, l. VI, chap. CLII.

[2] L. sal., t. LV, XVII et LVII; l. rip., t. LXXXV. — Voir plus haut, p. 332.

[3] Il est curieux de signaler ici la mort civile, dont nous retrouvons la trace chez les Germains, l'individu mis *extra sermonem* étant privé de la société de ses semblables, ayant ses biens confisqués, et auquel on doit refuser l'hospitalité et la nourriture. Cette *interdictio aquæ et ignis* du droit romain est une véritable mort civile dont nous voyons non-seulement les effets, mais même le nom dans les Capitulaires.

[4] L. ang. et wer., t. VII, § 10. « In omni re furto ablata, si is cui « res componenda est dixerit capitale pejus esse quam quod ablatum est, « Juret de debito solus pejus non esse quod offert illo quod abstulit, et « ita solvat secundum legem. »

tres législations, c'est une somme fixe qui varie de 1 à 2 ou 300 sous[1].

La partie due au prince s'appelle *fred*. Comprise originairement dans le montant de la composition, elle ne tarde pas à s'en séparer, et nous la voyons figurer spécialement dans la loi des Bavarois et dans celles des Frisons et des Thuringiens.

La loi des Bavarois prescrit au condamné de remettre un gage au comte pour garantir l'acquittement du *fred*[2].

La *dilatura* enfin, qui a fourni le sujet de nombreuses discussions, représente les intérêts moratoires dus lorsque le coupable néglige de s'acquitter de suite de la composition. Telle est la dernière opinion de Grimm, à laquelle nous croyons qu'il faut se ranger.

La condition du voleur, la valeur des objets volés et les circonstances du vol font varier la composition. 1° La condition du voleur : M. de Pétigny et d'autres auteurs disent que la condition de l'offensé réglait toujours le taux de la composition ; ce principe, vrai dans les autres parties de la législation germaine, cesse de l'être quand on l'applique au vol. C'est la condition du coupable qui règle son wehrgeld, puisque, condamné le plus souvent à mort, il doit racheter sa vie suivant le prix qui serait payé à ses parents au cas où il serait tué. Le Huërou a émis aussi sur ce principe de la pénalité barbare une opinion qui nous semble inadmissible : « Il y a, dit-il en expliquant le titre LXV de la loi ripuaire, quelque chose de remarquable, c'est que le Romain y est toujours placé sur la même ligne que l'ecclésiastique et l'homme du roi, et y est traité de la même manière, c'est-à-dire beaucoup plus favorablement que le barbare[3]. » C'est à tort que Le Huërou suppose les Romains favo-

[1] Nous rappellerons ce que nous avons déjà dit sur les difficultés qu'on éprouve à établir la valeur du sou ; nous n'en citerons cette fois qu'un exemple pris dans le titre XIX de la loi des Saxons, qui indique l'emploi simultané de 2 sous, l'un valant 2 trémisses ou un bœuf d'un an, et l'autre valant 3 trémisses ou un bœuf de seize mois. Rien ne dit dans les textes quand on emploie le premier ou le second.

[2] T. II, chap. XV, § 3.

[3] *Institutions mérovingiennes*, p. 415. *Ecclesiasticus vel regius homo.* Il y a aussi ici une erreur de traduction : les hommes du roi et de l'Eglise sont des affranchis, et il ne faut pas prendre *ecclésiastique* dans le sens de *prêtre.*

risés parce que, lorsqu'ils doivent racheter leur vie, ils payent moitié moins que les Germains. Dans le cas où ils étaient tués, leur famille recevait aussi une indemnité moins considérable, et c'était simplement une marque de leur infériorité. 2° Quelques lois font varier la peine suivant le nombre ou la valeur des objets volés. Nous en avons de fréquents exemples pour les vols de troupeaux, de chevaux et d'animaux domestiques, où la composition s'élève avec le nombre de têtes de bétail. D'autre part, dans la loi des Saxons, le vol d'un objet d'une valeur supérieure à 3 sous est puni de mort [1], et dans la loi des Wisigoths le supplément d'amende pour *fegangi* n'est applicable que si la valeur de l'objet s'élève à 10 siliques [2]. 3° Les circonstances du vol. Nous les avons passées en revue dans la première partie de ce travail en étudiant les diverses qualifications du vol et les circonstances aggravantes et atténuantes [3].

La composition une fois acquittée, la partie lésée qui l'a reçue ne peut plus exercer son droit de vengeance. De là la nécessité d'un payement public pour en constater l'existence. Pour empêcher des arrangements amiables qui frustreraient le fisc de la part qu'il perçoit, des prescriptions empêchent les parties de se réunir ailleurs qu'en présence du juge. Ainsi, la loi des Bavarois condamne comme voleur celui qui touche en secret la composition dont le juge doit toujours recevoir le neuvième [4].

Peine de mort. — On ne trouve dans aucun titre de la loi salique l'application directe de la peine de mort; pour quelques faits seulement motivant une composition on ajoute que, dans le cas où le coupable ne pourra l'acquitter, il devra composer de sa vie, *de vita componere*. Dans le titre *De fides factas*, on lit: « De vita culpabilis esse debet aut quantum valet se redimat. » Il y a ici une condamnation capitale avec la condition offerte au coupable de racheter sa vie. M^lle^ de Lézardière cite comme une preuve de la condamnation à mort chez les Francs la formule 28 de Marculfe, qui est un modèle d'acte par lequel les

[1] L. sax., t. IV, §§ 7 et 8.
[2] Rotharis, chap. CCLVIII, CCLIX, DCXCIV, etc.
[3] Voir la première partie de ce travail, t. XIII, p. 327 et suiv.
[4] L. bav., t. VIII, chap. XV, 1 et 2; t. II, chap. XVI.

coupables avouent qu'après un grand crime, ou un simple vol, ils ont été rachetés de la mort à laquelle ils se voyaient condamnés, par la bienfaisance d'un tiers qui a acquitté pour eux la composition [1]. La peine de mort se trouve appliquée aux esclaves dans la loi salique : « Capitali sententia feriatur. » M. Pardessus rappelle aussi que l'esclave voleur était pendu [2]. Chez les Burgondes, nous voyons l'homme condamné à mort qui, se réfugiant dans une église, peut demander le rachat de sa vie moyennant une composition [3]. Dans presque tous les cas, la loi des Saxons punit le voleur de la peine de mort [4]. Dans la loi des Wisigoths, la peine capitale joue aussi un grand rôle pour la répression des crimes.

Comment s'appliquait la peine de mort? On en est sur ce point réduit à des conjectures dans presque toutes les législations.

La loi salique n'en parle jamais dans les cas où elle l'indique; seulement il y a au titre LXVIII une disposition qui punit d'une amende de 30 sous celui qui, sans l'autorisation du juge, aura osé enlever un cadavre qui était accroché à une fourche ou à une branche, et la peine s'élève à 100 sous si l'homme a été retiré vivant [5]. — La loi ripuaire, où on ne trouve pas de cas où le vol soit puni de mort, règle dans le titre LXXIX la succession des gens pendus pour vol et exécutés par ordre du prince [6]. Davoud-Oghlou signale ce fait sans l'expliquer. Nous croyons qu'on peut le comprendre ainsi : les titres de la loi ripuaire, depuis

[1] *Théorie des lois politiques*, t. II, p. 460.

[2] Notes sur la loi salique, n° 468.

[3] L. burg., t. LXX. — Voir aussi de Beaurepaire, *Du droit d'asile*, *ut supra*.

[4] L. sax., t. IV, chap. I, VI et VII.

[5] « Si quis hominem extra consilium judicis de furcas abaterit aut de « ramum ubi incrocatur, aut reponere præsumpserit... Si quis hominem « vivo de furca tollere aut demittere præsumpserit... » — Nous voyons aussi dans Grégoire de Tours (*De miraculis*, L. II, C. 16) que les esclaves convaincus d'avoir volé étaient quelquefois condamnés à la potence, si personne ne payait pour eux. (Yanoski, *op. cit.*, p. 10.)

[6] « Si quis homo propter furtum comprehensus erit et legitime super- « juratus et judicio principis pendutus, vel in quocumque libet patibulo « vitam finierit, omnes res ejus heredes possideant, excepto capitale et di- « latura in locum restituant. »

le LVII[e], sont l'œuvre de Dagobert [1]. N'aurait-il pas voulu compléter ici le décret de Childebert de 595, dont les articles 7 et 8 punissent le vol de la peine capitale [2]?

Chez les Germains, au temps de Tacite, la pendaison figurait déjà en tête des supplices : on l'employait lorsque le châtiment devait être public et exercer une salutaire impression sur le peuple [3]. M. Ozanam et d'autres historiens disent que les anciens Germains considéraient la mort du criminel comme un sacrifice aux dieux, le coupable ayant par son crime offensé les divinités et leur devant une réparation. C'est sans doute un souvenir de cette idée que l'on retrouve dans la loi des Frisons, aux termes de laquelle l'auteur d'un vol dans le temple est conduit sur les bords de la mer, où on lui fend les oreilles, on le châtre et on l'immole aux dieux dont il a profané les sanctuaires [4].

Chez les Wisigoths, le genre de supplice le plus répandu est celui du feu, que l'on applique à l'esclave violateur de sépultures [5]. « Ducenta flagella suscipiat et insuper flammis arden-« tibus exuratur [6]. »

Mutilations. — La castration se trouve dans la loi salique comme peine appliquée aux esclaves pour la répression des

[1] Cours de M. Tardif, 12 janvier 1864.

[2] Walter, t. II, p. 10.

[3] Tacite, *De moribus Germanorum*, chap. XII.

[4] L. fris., t. XII, chap. I. « Qui fanum effregerit et ibi aliquid de sacris « tulerit, ducitur ad mare et in sabulo quod accessus maris operire solet, « finduntur aures ejus et castratur et immolatur diis quorum templa vio-« lavit. »

[5] L. wis., l. XI, t. II, chap. I.

[6] Nous ne devons pas considérer comme un supplice *le pal*, que nous trouvons mentionné dans les additions du titre LXVII de la loi salique. Il s'agit de l'exposition de cadavre que devait faire, pour ne pas être poursuivi, celui qui, en cas de légitime défense, tuait un homme. — « Si quis « caput de homine, quem suus inimicus in palo misisset, aliquis eum exinde « sine permisso judicis aut illius qui eum ibidem misit tollere præsump-« serit, malb. banchal 600 denarios qui faciunt, etc. » — M. Ach. Morin, dans son *Répertoire du droit criminel*, et l'auteur de l'article *Peine*, dans le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz, citent, parmi les supplices des Germains, l'écartèlement. Malgré un examen attentif, nous n'en avons pas trouvé de traces ni pour le vol ni pour aucun crime entraînant la peine capitale. Il en est de même des supplices d'être écorché vif ou plongé dans l'eau bouillante, qu'ils signalent également.

vols d'une valeur supérieure à 40 deniers (1 sou). Le maître peut toutefois épargner ce supplice à son esclave en payant 240 deniers[1]. La femme esclave qui se rendait coupable d'un vol pour lequel un homme aurait subi cette peine devait recevoir deux cent quarante coups de fouet ou la racheter au même prix de 240 deniers[2]. — Chez les Frisons, l'auteur d'un vol sacrilége était châtré avant d'être sacrifié[3].

Quelques autres mutilations figurent dans les lois barbares parmi les supplices infligés aux voleurs ; ce sont les suivantes : d'après la loi des Bavarois, l'esclave qui commet un vol à l'armée est condamné à perdre les deux mains, et l'homme libre qui se rend coupable du même crime peut racheter ses mains pour 40 sous[4]. Aux termes de la même loi, l'esclave qui vole et vend un homme libre doit être privé des mains ou des yeux[5]. — La loi des Frisons fait précéder le supplice du profanateur, outre la castration, de la perte des oreilles[6]. — Chez les Lombards, Luitprand condamne le voleur poursuivi pour la seconde fois à être marqué au front et au visage, et prescrit en même temps de le raser[7].

Fustigation. — Employée par quelques lois germaines pour réprimer les crimes des esclaves, la fustigation figure dans la loi salique comme moyen de torture à leur égard[8].

Le maximum de coups est fixé à deux cent quarante, et le maître, pour racheter son esclave de ce supplice, doit payer une somme de deniers égale au nombre de coups[9]. — L'*additio prima* de la loi des Burgondes condamne l'esclave voleur de

1 L. sal., t. XL, chap. v.

2 « Si vero ancilla in tale crimine invenitur unde servus castrare de-
« buerat, aut 240 denarios, qui faciunt solidos 6, si convenerit, pro ipsa do-
« minus reddat, aut 240 ictus accipiat flagellorum.» L. sal., t. XL, chap. VI.

3 L. fris., t. XII, chap. I. — Voir ci-dessus *Peine de mort*.

4 L. bajuv., t. II, chap. VI, §§ 1 et 2.

5 *Ibid.*, t. III, chap. XV, § 1.

6 Voir plus haut *Peine de mort*.

7 L. long., l. VI, t. LXXIX. « Et si postea ipse iterum in furto tentus
« fuerit, decalvet eum, et cædat per disciplinam sicut decet furem, et ponat
« in eo signum in fronte et in facie. »

8 Voir à l'article des *Preuves* la description de ce supplice.

9 Voir *Mutilation*.

raisin, à cent cinquante coups de bâton, sans que son maître puisse lui éviter cette peine, « ita ut nec ille, nec aliorum servus « hoc facere delectet[1]. » — La loi des Frisons punit aussi l'esclave voleur par la fustigation, mais sans préciser le nombre de coups à appliquer[2]. — Nous citerons l'emploi fréquent de la flagellation chez les Wisigoths, où elle se trouve appliquée comme peine aux hommes libres et aux esclaves. Le maximum fixé est de deux cents coups.

Copiant toujours les Romains, les Wisigoths avaient introduit dans leur législation la note d'infamie et interdisaient aux personnes condamnées pour différents crimes, au nombre desquels se trouvait le vol, de figurer comme témoins dans les procédures.

Nous ne chercherons pas à expliquer deux dispositions bizarres de la loi des Bourguignons, qui ont attiré l'attention de tous les commentateurs des lois germaines. Personne n'a donné de leur origine une explication satisfaisante, et nous croyons qu'il suffit de citer ici ces textes, qui restent comme le plus ancien monument de cette originalité des peines dont nous trouvons de nombreux exemples dans les coutumes du moyen âge, et qui s'est quelquefois perpétuée jusqu'à une époque assez rapprochée de nous : « Si quis canem veltraum, aut segutium « vel petrunculum præsumpserit involare, jubemus ut convictus « coram omni populo posteriora ipsius osculetur; aut quinque « solidos illi cujus canem involavit cogatur exsolvere, et mulctæ « nomine solidos duos[3]. » — « Si quis acceptorem alienum in- « volare præsumpserit, aut sex uncias carnis acceptor ipse super « testones comedat, aut certe si noluerit, sex solidos illi, cujus « acceptor est, cogatur exsolvere, mulctæ autem nomine solidos « duos[4]. »

Nous devons signaler l'absence de la peine de l'emprisonne-

[1] Add. prim., l. burg., t. XVI, *De vineis*, 5. — Le maximum des coups chez les Burgondes est de trois cents.

[2] « Quod si servus in judicio approbatus apparuerit, vel confessus fuerit, « quanti res, quæ ablata fuerit æstimabitur, tantum dominus pro servo « componat, et servus vapulet, nisi dominus quatuor solidis corium ejus « redimere voluerit. » (L. fris., t. III, § 7.)

[3] Add. prim., l. burg., t. X.

[4] *Ibid.*, t. XI.

ment, qui s'explique par le respect que les Germains professaient pour la liberté individuelle, respect dont nous trouvons fréquemment des exemples dans les législations que nous étudions. A la privation de la liberté ils préféraient les mutilations et les châtiments corporels. Dans la loi des Lombards seule nous trouvons une disposition curieuse édictant la peine d'emprisonnement pour deux ou trois ans dans un cachot souterrain [1].

En terminant ce travail, nous rappellerons en quelques mots le plan que nous nous étions proposé. Notre but a été de montrer quelle était, pendant l'époque mérovingienne, la législation spéciale du vol; nous avons cherché à en déterminer les caractères; nous avons indiqué la procédure qui lui était propre d'après les textes des diverses lois germaines, et nous avons complété ce travail par l'indication des peines portées contre les voleurs. Nous n'avons pu discuter et analyser tous les articles des lois qui concernent le vol, leur nombre est considérable; nous nous sommes borné à indiquer les points les plus saillants, ceux qui ont été l'objet de discussions entre les commentateurs et les historiens du droit germanique. Nous n'avons posé que des jalons sur un terrain sur lequel nous serions heureux de voir se porter l'attention, et où les textes fourniraient les matériaux d'une histoire de la propriété, de l'agriculture pendant les premiers siècles de la monarchie.

A. Demarsy.

[1] L. Luitpr., l. VI, t. LXXIX. « De furonibus, ut unusquisque judex in « sua civitate faciat carcerem sub terra, et cum inventus fuerit fur, ipsum « furtum componere faciat et comprehendat eum et mittat ipsum in car- « cerem ad annos duos vel tres, et postea dimittat eum sanum... »

K.-S. ZACHARIÆ

SA VIE ET SES ŒUVRES.

(SUITE[1].)

CHAPITRE I

K.-S. ZACHARIÆ ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT.

Nous dépasserions bien certainement les limites naturellement imposées à ce mémoire, nous nous chargerions d'une tâche supérieure à nos forces et aux moyens d'information dont nous pouvons disposer, si nous voulions exposer dans son ensemble et avec quelque détail le mouvement intellectuel qui fut produit par l'activité scientifique de notre auteur.

Forcé de faire un choix, non-seulement quant aux sujets qui doivent attirer plus particulièrement notre attention, mais encore quant aux ouvrages où ces sujets ont été traités, nous ne pouvons pas hésiter longtemps; le but que nous nous proposons d'atteindre s'accorde avec les suffrages du public pour nous indiquer bien clairement la voie que nous devons suivre.

M. Zachariæ est principalement pour nous l'interprète qui a systématisé les doctrines de notre législation civile; c'est là, pour nous, son œuvre capitale; c'est pour la mieux comprendre et pour nous mettre en état de l'apprécier avec quelque connaissance de cause, que nous avons entrepris ce travail.

Le *Manuel du Code Napoléon* sera donc le centre vers lequel tous nos efforts doivent converger; nous en ferons l'objet principal de notre chapitre deuxième et dernier.

Si, pour nous préparer à cette appréciation et pour satisfaire en même temps une bien légitime curiosité, nous désirons pénétrer aussi avant que possible dans la pensée de notre auteur, nous sommes conduit vers ses œuvres philosophiques, et tout spécialement vers ses travaux sur le droit naturel.

[1] Voir *Revue historique*, 1868, t. XIV, p. 433.

Si nous nous demandons ensuite laquelle de ces œuvres nous devons prendre pour base de notre exposition, nous nous déciderons facilement pour les quarante livres sur l'Etat.

Cette vaste composition était considérée par notre auteur comme devant être son plus beau titre de gloire; ce fut bien certainement le centre auquel se rapportèrent toutes ses études de philosophie sociale ; c'est bien manifestement elle que nous devons avoir principalement en vue dans cette partie de notre travail.

Trois questions paraissent se présenter à nous, en ce qui concerne le droit naturel :

1° Quels peuvent être les avantages et les dangers des spéculations philosophiques pour l'interprète du droit positif?

2° Quelles furent les doctrines de M. Zachariæ sur la philosophie du droit?

3° Quelle influence ces doctrines ont-elles exercée sur le *Manuel du Code Napoléon?*

La première de ces questions trouvera naturellement sa place dans ce que nous aurons à dire sur les divers procédés d'herméneutique; la troisième sera l'un des objets de nos conclusions définitives; la seconde doit seule nous occuper en ce moment, c'est elle qui fera le mérite du présent chapitre.

Avant d'aborder directement ce sujet, nous désirons faire une courte énumération des écrits les plus importants qui s'y rapportent.

Nous mentionnerons avant tout, comme appartenant plus spécialement au droit public, une sorte de quadrilogie politico-sociale à laquelle nous avons déjà fait allusion dans la notice biographique.

Il s'agit de quatre traités qui devaient se combiner de manière à former un système plus ou moins bien lié ; ils sont intitulés :

1° *De l'Unité de l'Eglise et de l'Etat, considérée principalement en vue de la constitution impériale de l'Allemagne* (année 1797, 334 pages) ;

2° *De la Meilleure Constitution de l'Etat* (année 1800, 316 p.);

3° *De l'Education du genre humain par l'Etat* (année 1802, 340 pages) ;

4° *Janus ou la Paix perpétuelle* (année 1802, 254 pages).

Voici en quels termes un des plus célèbres publicistes de l'Allemagne, M. Robert Mohl, résume les idées exposées dans cette œuvre multiple :

« L'Eglise et l'Etat doivent rester indépendants l'un de l'autre, mais ils doivent s'aider réciproquement à atteindre leurs buts respectifs.

« La meilleure constitution est celle où l'Etat se contente d'accorder aux individus la protection des tribunaux.

« Cette constitution n'est possible que s'il existe dans le peuple des mœurs qui lui soient appropriées ; il faut aussi que le sentiment du droit exerce largement son influence, et que l'ordre et la sécurité règnent entre les divers Etats.

« On doit, par conséquent, désirer que l'Etat pourvoie à l'éducation du peuple, soit directement par des institutions spéciales, soit indirectement par son organisation générale. Une pareille éducation morale et les intérêts généraux qui s'y rapportent finiront par préparer la paix perpétuelle[1]. »

Nous indiquerons ensuite, comme se rapportant plus spécialement au droit civil, un traité de 246 pages, publié en 1804, sous le titre de *Principes fondamentaux de la philosophie du droit privé*, précédés d'une introduction à la science philosophique du droit.

Nous reviendrons plus tard sur cette production, qui porte pour épigraphe ces mots tirés du traité *des Lois* de Cicéron : *Dii immortales! quam tu longe juris principia repetis!* et qui conserve quelque importance historique, bien que la matière en ait été fondue dans le grand ouvrage sur l'Etat.

L'auteur avait préparé un autre écrit destiné à faire, pour ainsi dire, le pendant de celui-ci, sous le titre de *Principes fondamentaux de la philosophie du droit public*. Le manuscrit de cet ouvrage, déjà prêt pour l'impression dès l'année 1807, ne fut pas publié. La matière s'en trouve répartie dans le système général mentionné ci-dessus.

Les *Principes fondamentaux de la philosophie du droit pénal* parurent en 1805, avec un supplément sur *l'Art de la défense en justice*. Nous reviendrons sur cet opuscule, dont l'intérêt n'a

[1] Robert von Mohl, *Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften*, t. II, p. 518.

pas été détruit par les travaux plus récents de l'auteur sur les mêmes questions.

Nous devons encore mentionner un volume de 358 pages, publié en 1806, sous le titre de *Science de la législation*, comme introduction à un Code général.

Mais ce sont, ainsi que nous l'avons dit, les quarante livres sur l'Etat qui forment l'œuvre capitale de M. Zachariæ en ce qui concerne la philosophie sociale. On y trouve une sorte d'encyclopédie où sont tour à tour étudiées les diverses sciences qui se rapportent à ce sujet.

La seconde et dernière édition en est complétement épuisée, et ce n'est qu'avec la plus grande peine qu'on parvient à s'en procurer un exemplaire, tant sont promptement enlevés ceux qui se trouvent de temps en temps annoncés dans les catalogues des antiquaires! preuve bien manifeste que ce livre continue à captiver l'attention publique.

L'ouvrage se divise en quatre parties, réparties en sept volumes de la manière suivante :

La première est intitulée : *Etude préparatoire à la science de l'Etat*; elle contient six livres et traite successivement : 1° du droit; 2° du principe justificatif de la puissance de l'Etat; 3° de la souveraineté; 4° de la réalisation de l'idée de l'Etat; 5° du but de l'Etat; 6° de la science ayant l'Etat pour objet.

La seconde, intitulée *Science de la nature dans ses rapports généraux avec la politique*, contient huit livres, traitant successivement : 1° des lois générales de la nature dans leurs rapports avec l'Etat; 2° de la géographie physique; 3° de la climatologie politique; 4° des rapports de l'homme et de l'Etat avec les trésors enfouis dans la terre et avec les productions de la nature; 5° de l'anthropologie physique dans ses rapports avec la politique; 6° de l'anthropologie psychologique considérée au même point de vue; 7° de l'histoire comme partie de la science naturelle se rapportant à la politique (philosophie de l'histoire); 8° maximes générales de politique.

La troisième contient cinq livres, traitant du *Droit constitutionnel*.

La quatrième, intitulée *de la Science du gouvernement*, est la plus considérable de toutes, elle contient quatre volumes et vingt et un livres, traitant successivement : 1° du pouvoir lé-

gislatif ; 2° du pouvoir judiciaire ; 3° du pouvoir exécutif ; 4° du pouvoir de l'Etat quant au droit civil ; 5° de la police ; 6° du droit pénal ; 7° du droit de récompense ; 8° du droit international, tant privé que public ; 9° de l'éducation et des rapports de l'Eglise et de l'Etat ; 10° des services publics ; 11° de l'économie politique et des finances.

Les diverses parties de ce grand ouvrage ne devront pas nous occuper toutes également. Nous devrons naturellement diriger notre attention d'une manière toute spéciale sur les sujets qui paraissent être plus directement en rapport avec le but principal de ce mémoire ; c'est-à-dire sur le droit proprement dit et plus particulièrement encore sur le droit civil.

Nous voulons, avant d'entrer dans les détails de notre exposition, faire connaître les jugements qui ont été portés sur l'œuvre philosophique de notre auteur par deux des hommes les plus compétents de l'Allemagne.

Voici d'abord comment M. Robert Mohl s'exprime au sujet du grand ouvrage sur l'Etat :

« On éprouve, en passant du *Manuel du droit public* de Voss aux quarante livres de Zachariæ, le sentiment de plaisir que la lumière fait naître quand elle succède aux ténèbres. Ce dernier ouvrage est le résultat d'études faites pendant une longue vie et avec un zèle extraordinaire, par un homme d'un puissant esprit. Les résultats obtenus sont d'autant plus complets et d'autant plus vrais, que l'auteur ne s'est laissé détourner de la vérité par aucun but pratique.

« Ce n'est que peu de jours avant sa mort que Zachariæ termina le dernier volume de cette œuvre, le plus important de ses travaux de publiciste. Nous devons donc y voir son testament politique et scientifique ; c'est ainsi qu'il désirait lui-même que cet écrit fût considéré.

« Il ne s'agit point ici d'un jugement à porter sur la mémoire d'un mort ; nous pouvons, par conséquent, nous dispenser de discuter et de dire quels furent les succès obtenus par l'auteur, quel usage il a fait, et peut être quel usage il aurait pu faire de sa force puissante, de ses grands talents, de sa vaste érudition et de sa longue vie ; il s'agit cependant d'une œuvre qu'on ne peut bien comprendre qu'en se plaçant au point de vue de la personnalité de l'écrivain.

« Zachariæ exprime, dans un de ses ouvrages, le désir d'y faire pour ses concitoyens ce que Machiavel a fait pour les siens dans ses travaux sur Tite-Live ; c'est là un remarquable exemple qui prouve combien l'homme doué du plus grand esprit peut s'ignorer soi-même.

« La nature intellectuelle et morale de notre auteur n'avait aucun rapport avec la tranquillité classique et avec la profonfondeur transparente du grand publiciste italien.

« Il semble, au contraire, qu'on doive le comparer à Montesquieu. Chez l'un et chez l'autre, en effet, se trouvent une érudition vaste et solide, une remarquable pénétration, un esprit étincelant. L'un et l'autre semblent éviter les longues analyses pour rechercher les pointes acérées et les éclairs éblouissants. L'un et l'autre cherchent à produire de l'effet par la bizarrerie, par le paradoxe, et même par l'ornementation de la pensée. On peut aussi dire bien souvent de l'œuvre de Zachariæ : c'est de l'*Esprit sur les lois.*

« Un examen détaillé de cette œuvre conduirait trop loin. Quelques observations détachées pourront d'ailleurs suffire pour donner une idée de ce qui la caractérise et des résultats auxquels l'auteur est arrivé.

« Ce que l'on doit principalement y remarquer, c'est la richesse de connaissances et l'habileté avec laquelle ces connaissances ont été mises au service de la science de l'Etat.

« Non-seulement il n'y a aucune branche de cette science dont l'auteur ne se soit rendu maître, tout au moins quant aux principes et quant aux questions générales; mais, s'étant adonné aux études les plus diverses, M. Zachariæ sait y trouver matière à comparaisons et à brillants résumés ; il s'en fait une arme pour éviter tout examen superficiel. C'est ainsi qu'il domine le sujet et qu'il force le lecteur à ne considérer l'Etat que comme une manifestation partielle de l'univers.

« L'auteur, déjà fort âgé, n'a point laissé passer devant lui, sans les prendre en considération, les tendances les plus nouvelles de la science, telles que la distinction à établir entre l'Etat et la société, l'avenir du principe d'association, l'élévation du droit international au rang de droit universel. Il en comprenait et en indiquait clairement l'importance, bien que, comme il était naturel de s'y attendre, elles ne pussent pas pénétrer com-

profondeur et transformer une doctrine qui était le résultat de toute une vie d'étude.

« On ne doit pas moins remarquer la raison et la mesure de ses jugements. Considérant les choses de très-haut, il aperçoit la valeur relative des différentes théories et sait reconnaître ce qu'il y a de vrai dans les opinions de ses adversaires.

« Son œuvre n'est ni le développement purement logique d'un système par cela seul qu'un manifeste de parti. Le lecteur y aperçoit quelle énorme quantité d'idées et de tendances sont présentes et même existent dans la vie sociale. Il est amené ainsi non seulement à juger les hommes avec plus d'équité, mais encore à apprécier les choses avec plus de liberté d'esprit. Il se trouve d'ailleurs avec le charme d'une foule de pensées émises occasionnellement, d'allusions piquantes, de citations pratiques, de traits d'histoire; tout cela vient exciter de promptes réflexions.

« Il y a même à cet égard surabondance de bons et quelquefois, au lieu d'un argument solide qui fait défaut, l'auteur lance quelque quolibet démontré, quelque allusion, quelque anecdote, une plaisanterie spirituelle, une saillie.

« Ces traits caractéristiques ont aussi naturellement leurs mauvais côtés dans une œuvre systématique, quelques longueurs et bavures qui peuvent être d'ailleurs.

« La doctrine n'est pas toujours suffisamment claire et transparente, tout parce que l'auteur s'attend mieux à faire une fine analyse de la pensée qu'à exposer nettement des principes, tout parce que le manque de suite se trouve quelquefois embarrassée par les observations qui se présentent occasionnellement et à des points de vue assez divers. C'est une lecture qui fait penser; mais il n'est pas facile de saisir nettement le système de l'auteur, encore moins de le comparer avec les constructions qu'on a soi-même.

« La recherche de l'originalité conduit quelquefois M. Lacasse à des expressions tourmentées dont on retrouve les traces jusque dans l'énonciation des principes généraux, aussi bien que dans la terminologie.

« On peut citer comme exemple ce que l'auteur appelle *l'histoire naturelle de l'État* : ce n'est, au fond, que la statistique,

où l'on voit figurer, par des jeux de mots et par de grands efforts de l'esprit, la chimie, la mécanique, la biologie, etc. »

M. Mohl termine en faisant observer qu'il serait difficile de porter un jugement définitif sur une pareille œuvre [1].

Cette appréciation nous paraît généralement exacte, mais nous désirons nous expliquer avec une entière franchise : il nous semble que, dans le rapprochement qu'il fait entre notre auteur et Montesquieu, M. Mohl ne rend pas suffisamment justice à ce dernier.

On trouve chez le publiciste français une grandeur soutenue et un fonds de sensibilité concentrée qui nous paraissent généralement faire défaut chez M. Zachariæ. On se sent souvent gagné par l'émotion en lisant le premier, et le second laisse presque toujours froid.

Voici maintenant le jugement d'un savant qui ressemble beaucoup à notre auteur par l'étendue et par la variété de ses connaissances, autant que par son infatigable activité, nous voulons parler du célèbre Walter, de Bonn.

« Les cours de M. Zachariæ, nous dit-il, se composaient de paragraphes très-courts, mais fortement conçus. On trouvait réunis en sa personne la roideur et le pédantisme qu'il tenait de la philosophie kantienne, avec un esprit profond et une originalité qui allait presque jusqu'au paradoxe, tout en s'appuyant sur une vaste érudition.

« Je suivais avec utilité ses cours de droit naturel, de droit public, de droit criminel et de droit canon.

« Son enseignement de droit naturel m'inspirait déjà à cette époque peu de sympathie, parce qu'on y retrouvait complétement la manière de l'école de Kant, qui a tant contribué à jeter du discrédit sur cette partie de la science.

« Celui de ses cours dont j'ai le plus profité est celui qui se rapporte au droit canon. Il traitait le droit de l'Eglise catholique sans aucune antipathie confessionnelle. On pourrait même dire qu'il en parlait avec une sorte de prédilection, en ce sens qu'en publiciste habile il savait saisir et exprimer convenablement l'ensemble de ce puissant organisme.

« Quand, dix ans plus tard, je lui en témoignai ma recon-

[1] *Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften*, t. I, p. 131.

naissance, il déclina modestement les éloges que je voulais lui adresser[1]. »

Ce chapitre nous paraît devoir se diviser en cinq sections, traitant successivement : 1° de l'idée générale du droit; 2° du droit privé; 3° du droit pénal; 4° du droit public; 5° du droit international.

SECTION I. — De l'idée générale du droit.

Notre auteur débute par l'exposition d'un fait qui doit le conduire à développer ses théories philosophiques sur le droit :

« Aussi loin que remonte l'histoire, dit-il, nous voyons les hommes réunis, à quelques exceptions près, en sociétés appelées *États*. Quelles que soient les différences qui les caractérisent, ces sociétés ont un trait commun : les individus qui les composent sont soumis, dans chacune d'elles, à une contrainte physique exercée par le corps social ou par une personne individuelle ou morale qui le domine. Nous trouvons aussi, dans chacun de ces Etats, un ensemble de règles destinées à régir l'exercice de cette contrainte. La guerre elle-même a des lois qui la dominent, soit qu'elle s'élève entre nations distinctes les unes des autres, soit qu'elle ait lieu entre particuliers.

« L'idée du droit s'appuie sur cet enseignement de l'histoire; elle apparaît comme indiquant l'ensemble des lois pratiques observées, volontairement ou non, par les hommes au sujet de la contrainte physique qu'ils exercent les uns sur les autres, soit qu'ils appartiennent à une même communauté, soit qu'ils se trouvent dans d'autres rapports.

« Cette idée, qui énonce seulement un fait sans fournir encore aucune donnée sur la teneur de la loi, n'en renferme pas moins en elle toute la science du droit.

« Si, en effet, on reconnaît en l'homme un être libre et moral, on doit nécessairement se poser les questions suivantes : Un pareil être peut-il soumettre ses semblables à une contrainte physique? A quelles conditions une pareille contrainte peut-elle être un droit ou même un devoir? Quelles sont les lois de la raison pratique ou de la révélation d'après lesquelles elle doit s'exer-

1 *Aus meinem Leben*, p. 101.

cer? N'y a-t-il là que la loi du plus fort décorée du nom de *droit?* Faudrait-il y voir seulement des chaînes que les hommes se sont imposées d'un commun accord, parce que le plus puissant n'est pas toujours à l'abri des ruses du plus faible?

« Si l'on admet que l'accomplissement de certaines conditions peut légitimer une pareille contrainte, on voit une idée morale surgir du fait que nous avons signalé. Le droit apparaît comme l'ensemble des lois pratiques qui peuvent et même doivent, suivant les circonstances, être mises à exécution au moyen d'une contrainte physique.

« Cette première idée en fait naître deux autres : celle du droit considéré comme pouvoir compétant à la personne qui est autorisée à réclamer l'observation de la loi, et celle d'obligations juridiques imposées aux personnes qui sont tenues à cette observation et qui peuvent y être contraintes physiquement.

« Si, faisant un pas de plus, on demande quelle est la teneur du droit, on trouve que deux réponses sont possibles et que chacune d'elles a eu ses partisans :

« 1° Suivant les uns, le droit ne se confond pas avec la morale : il est seulement la loi par laquelle la société doit recevoir une organisation conforme aux intérêts de celle-ci ;

« 2° Suivant les autres, au contraire, le droit n'est pas autre chose que la loi morale elle-même, dont l'observation doit être exigée, en recourant, s'il le faut, à une contrainte physique. La société est ainsi directement organisée d'une manière conforme à cette loi. »

Notre auteur constate en l'homme deux espèces de libertés : l'une, intérieure ou morale, consiste à pouvoir prendre une décision ; l'autre, extérieure ou physique, consiste à pouvoir produire des actes conformes à la décision prise par la première.

Il expose ensuite les rapports qui existent entre ces deux facultés et s'attache, en particulier, à démontrer la nécessité de la seconde pour l'entier déploiement de la première ; pour faire ce qu'on doit, dit-il, il faut pouvoir faire ce qu'on veut.

La liberté extérieure, telle qu'elle existe naturellement, est, en général, favorable aux exigences de la liberté morale, mais elle n'y est pas toujours complétement conforme. D'une part, elle présente certains caractères qui nuisent à cet accord, et, d'autre part, elle ne réunit pas toutes les qualités nécessaires.

Il faut mettre cette liberté extérieure en harmonie avec la liberté morale : tel est le principe fondamental du droit, suivant le premier des systèmes que nous avons indiqués plus haut.

Cette loi ne règle pas et n'absorbe pas toute la vie pratique de l'homme ; mais il est nécessaire qu'elle règne pour qu'il soit possible de s'élever à l'idée de l'ordre moral. Elle a d'ailleurs trois manifestations différentes :

1° La justice commutative (*justitia commutativa*) part du principe que chaque personnalité humaine a droit, en tant qu'être moral, à la liberté extérieure. Elle en fait ressortir, comme conséquence, que chacun doit faire de sa liberté naturelle un usage tel que celle des autres hommes puisse également subsister, ou, plus exactement, chacun doit éviter de faire de sa liberté naturelle un usage qui serait incompatible avec celle des autres hommes.

Il résulte de ce principe que chacun a le droit d'agir ou de s'abstenir toutes les fois qu'il peut le faire sans porter atteinte à la liberté naturelle de ses semblables.

Il en résulte encore que tous les hommes sont originellement égaux en droit ; c'est ce qu'on peut appeler l'*égalité devant la loi*, égalité qu'il ne faut pas confondre avec celle de fait ;

2° La justice protectrice (*justitia tutrix*) est rendue nécessaire par le fait que la liberté extérieure de l'homme est soumise à l'action de la nature et qu'elle y trouve souvent des obstacles qui l'empêchent d'atteindre le degré de développement auquel elle paraît être appelée.

Ces obstacles sont internes ou externes. Les premiers peuvent avoir des causes normales telles que les faiblesses de l'âge aux deux extrémités de la vie, ou des causes anormales telles que la folie. Les autres proviennent du fait des autres hommes ou de forces purement physiques.

En supposant que les individus qui sont en proie à de pareils obstacles ne puissent pas en triompher par eux-mêmes, il faut admettre que les hommes doivent, en pareilles circonstances, se prêter réciproquement secours et assistance, puisque la liberté extérieure doit être mise d'accord avec la liberté morale. Les obligations qui dérivent de cette nouvelle loi sont positives, en ce sens que ce sont des actes qu'elles réclament.

Cette seconde loi ne peut se justifier que par la nécessité,

parce qu'elle fait exception à la première, en imposant des sacrifices à la liberté extérieure. Les hommes ne sauraient par conséquent pas être contraints de s'aider réciproquement à étendre leur liberté au delà de ses limites naturelles. Ce serait plus qu'une simple protection, et l'on serait ainsi conduit à porter une grave atteinte à la justice commutative. Il n'y a pas ici la même nécessité ; l'homme reste libre, lors même qu'il n'étend pas sa liberté au delà de ses limites naturelles ;

3° La justice distributive est appelée à imposer des peines ou à décerner des récompenses. Elle se trouve dans de tout autres rapports avec la liberté morale.

Il ne s'est agi, en effet, jusqu'ici, que de protéger cette dernière dans son existence et d'écarter les obstacles qui peuvent s'opposer à son action. On se demande s'il ne faudrait pas aller plus loin, s'il ne faudrait pas lui donner l'impulsion qu'elle doit suivre pour se conformer à la loi supérieure qui la régit, ce qui serait un moyen de contribuer activement et directement à l'observation de cette loi.

On ne pourrait le faire qu'en se mettant en contradiction avec le principe de la justice commutative. Les hommes domineraient de la sorte les uns sur les autres, loin de respecter leur liberté respective. La vengeance individuelle pourrait facilement trouver des prétextes dans un pareil système, et les récompenses décernées aux uns ne pourraient être obtenues qu'en imposant aux autres des sacrifices plus ou moins considérables.

Ce n'est point à dire, cependant, que la justice distributive n'ait jamais sa raison d'être ; elle peut s'appuyer sur l'une ou l'autre des deux règles précédentes ; mais c'est là seulement qu'elle trouve son principe justificatif et les directions nécessaires.

Les trois justices dont nous venons d'indiquer les traits généraux n'ont pas la même force obligatoire, ni le même degré de certitude dans l'application qui doit en être faite. La première s'impose seule d'une manière absolue ; c'est pourquoi la science du droit civil, qui en est la dépendance directe, peut être comparée aux mathématiques ou à la logique quant à la certitude de ses doctrines, et c'est par son étude qu'il faut commencer. Tels sont les principes fondamentaux du premier des systèmes indiqués ci-dessus.

C'est ce système que notre auteur adopte par préférence au second, qui a la prétention d'imposer par la contrainte l'observation de la loi morale et qui s'appuie le plus souvent sur l'autorité d'une révélation divine.

L'idée de l'État est la conséquence de l'un et de l'autre des principes qui ont été exposés plus haut ; elle dérive de ce que personne ne peut être juge et partie dans sa propre cause, et de ce que le droit a besoin d'être protégé par une force supérieure. Il y a là une nécessité sociale, et par conséquent un devoir.

Notre auteur n'arrive à cette conclusion qu'après avoir mis en parallèle ce qu'on appelle l'*état de nature* et l'*organisation sociale*. Ce n'est pas qu'il admette l'existence historique du premier ; il n'y voit qu'une antithèse métaphysique destinée à faire mieux comprendre son contraire. Nous verrons cependant plus tard qu'il lui donne une importance qui paraît exagérée, en le prenant pour point de départ de son système.

Cette exposition sommaire des principes adoptés par M. Zachariæ soulève deux questions : d'où ces principes ont-ils été tirés, et quelle en est la valeur philosophique ?

Il ne peut s'élever aucun doute sur la première de ces questions. C'est bien certainement dans la métaphysique de Kant que notre auteur a puisé le fond de ses idées ; il a développé cette pensée du maître : « Le droit est l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre, suivant une loi générale de liberté : Est conforme au droit, ou juste, toute action qui permet, ou dont la maxime permet au libre arbitre de chacun de s'accorder, suivant une loi générale, avec la liberté de tous. La loi d'une contrainte réciproque, nécessairement d'accord avec la liberté générale, est, en quelque sorte, la construction du concept du droit[1]. »

Cette filiation est encore beaucoup plus évidente dans l'ouvrage plus ancien qui porte le titre de *Principes fondamentaux de la philosophie du droit privé*. Le langage et la méthode de cet écrit rappellent à chaque instant ceux du grand philosophe de Kœnigsberg[2]. Nous y trouvons de plus le plan et les principales doctrines qui servent de base au *Manuel du Code Napoléon*.

[1] *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, traduction Barni, p. 43 et 47.

[2] Voir spécialement § 3.

La seconde des questions que nous nous sommes posées a plus d'importance et présente plus de difficulté. Nous n'hésitons cependant pas à le dire : le système de notre auteur nous paraît insuffisant en principe, il ne satisfait pas aux exigences sociales, et ne réussit pas toujours à expliquer les faits de l'histoire.

L'instinct de sociabilité que le Créateur a déposé dans les profondeurs intimes de notre nature ne nous appelle pas seulement à ne pas nous nuire réciproquement dans notre développement respectif; il exige une coopération effective se manifestant par des actes positifs.

Nous le reconnaissons volontiers, c'est dans le domaine de la morale beaucoup plus que dans celui du droit que cette impulsion doit produire ses effets; mais nous ne pensons pas qu'elle doive rester complétement étrangère à ce dernier.

M. Zachariæ l'avait bien compris, dans une certaine mesure tout au moins, puisqu'il admettait une justice protectrice chargée d'écarter les obstacles qui opposent au libre développement une résistance supérieure aux efforts individuels. Mais c'est là une formule trop étroite et dans laquelle l'auteur lui-même ne s'est pas toujours renfermé. Quand on vient au secours du mineur ou de l'insensé, on ne se borne pas à écarter un obstacle s'opposant au déploiement de la liberté individuelle, on supplée à cette liberté qui fait défaut dans un de ses éléments essentiels. L'Etat ne se borne pas à écarter des obstacles dans les efforts qu'il fait pour contribuer aux progrès des arts, des sciences, des moyens de communication et des rapports internationaux; il agit d'une manière plus active, il ajoute aux forces de la liberté individuelle en lui donnant de puissants auxiliaires.

Non, l'Etat n'est pas seulement un gendarme qui nous garde pour nous empêcher de nous nuire réciproquement, c'est une personnification vivante du peuple ; le peuple lui-même est une unité morale et intellectuelle façonnée par l'histoire et appelée à réaliser l'humanité d'une manière plus puissante et plus complète que ne pourraient le faire des individus restés dans l'isolement. Il y a plus, les peuples eux-mêmes doivent s'unir dans les liens d'une unité supérieure destinée à favoriser leur développement respectif[1].

[1] Voir Stahl, *Staatslehre*, § 3 ; Trendelenburg, *Naturrecht*, §§ 150 et 151.

M. Zachariæ n'était pas resté complétement inaccessible à ces idées, au développement desquelles les travaux régénérateurs de l'école historique ont largement contribué ; mais, comme le disait M. Robert Mohl, il était trop tard pour renoncer aux formules d'un système lentement et laborieusement élaboré.

Il est vrai que, quelle que soit l'unité nationale, l'individu ne saurait s'y perdre et s'y fondre complétement : être libre et moral, doué d'immortalité, il ne saurait être rabaissé au rôle de simple instrument, et son développement doit bien certainement apparaître comme le but principal de l'organisation sociale ; ce que l'on appelle *la liberté civile* ne saurait être entouré d'un trop grand respect.

Mais, s'il est bon de restreindre l'action de l'Etat dans les limites de ce qui paraît nécessaire, c'est là un principe dirigeant qu'il serait difficile de formuler avec une absolue précision ; il faut abandonner beaucoup à l'expérience et à l'étude des faits individuels.

Le droit civil paraissait, au premier coup d'œil, pouvoir s'encadrer assez commodément dans le système de notre auteur. Nous ne tarderons pas cependant à voir que bien des défaillances s'y sont manifestées, et nous en retrouverons plus tard les traces jusque dans le *Manuel du Code Napoléon*.

Nous pouvons dire dès à présent que la vaste intelligence de M. Zachariæ a débordé de toutes parts les formules étroites qu'elle avait adoptées ; son érudition extraordinaire et l'expérience de la vie, qu'il avait puisée dans une pratique fort active, devaient également le faire triompher des faiblesses originelles de son système. Il reste à savoir si ce n'a pas été au prix de déductions plus ou moins forcées.

SECTION II. — Principes philosophiques du droit privé.

Le point de départ que notre auteur a cru devoir adopter pour le développement de sa doctrine devait ajouter de nouvelles difficultés à celles qui dérivaient de l'étroitesse originelle de ses principes. C'est un point sur lequel nous devons insister quelques instants.

Les jurisconsultes romains paraissaient reconnaître trois genres de droit :

1° Un droit naturel, commun à l'homme et aux animaux. C'était là moins un système complet que le droit des personnes et de la famille, considéré dans ses rapports avec la physiologie. Cette distinction semble avoir été une pure idée métaphysique sans importance pratique [1];

2° Un droit dit *des nations, jus gentium*, également appelé quelquefois *droit naturel*. Cette double qualification provenait de ce que ce droit naturel, en tant que dérivant des enseignements de la raison, devait par cela même se retrouver chez les diverses nations [2];

3° Un droit civil, dans le sens étroit du mot, correspondant à ce que nous appelons *droit positif* [3].

Cette division tripartite a passé dans les théories modernes, mais elle s'y est dénaturée et y a exercé une influence que nous croyons avoir été fâcheuse.

On a admis : 1° un droit naturel ayant sa base dans un état antésocial ; 2° un droit civil général ou philosophique supposant l'existence de l'Etat et correspondant assez bien avec le *jus gentium* des Romains ; 3° un droit positif.

De grandes difficultés se présentent quand on se demande quels sont les rapports qui doivent exister entre ces trois systèmes, dont chacun repose sur une base différente.

Si l'on adopte comme principe dirigeant la convenance de suivre les règles qui paraissent dériver de l'état antésocial, on se trouve mal à l'aise dans un système manifestement trop étroit. Si, pour sortir d'embarras, on a recours à ce qu'on appelle le *droit civil ou politique*, on est conduit, par la force des choses, à donner une importance exagérée à l'Etat et à substituer de la sorte de pures convenances sociales, quelquefois même un intérêt plus ou moins passager, aux règles générales et permanentes qui devraient constituer le fond de la doctrine.

L'histoire du droit naturel et même seulement les travaux préparatoires de notre Code nous paraissent révéler bien clairement ce double danger.

[1] Dig. (1, 1), l. 1, § 3 ; Inst. (1, 2), pr.

[2] Gaïus, I, §§ 1 et 189; II, §§ 66, 69, 79; Inst. (1, 2), §§ 1 et 2; Dig. (1, 1), l. 1, § 4; l. 9 (41, 1), l. 1.

[3] Inst. (1, 2), §§ 1 et 2; Dig. (1, 1), l. 6 et l. 9. — Voir aussi, sur cette distinction en général, Savigny, *System*, vol. I, p. 413.

M. Zachariæ admettait aussi un droit naturel dérivant d'un état antésocial, et si l'on ne peut pas dire qu'il ait complétement échoué contre l'un ou l'autre des deux écueils que nous avons signalés, il n'en a pas moins pris une position plus ou moins équivoque et embarrassante. Les tendances individualistes de sa philosophie devaient le porter à prendre son point de départ dans ce qu'on appelle *l'état de nature*. Le droit naturel et le droit civil général ou philosophique ne lui paraissent, en effet, différer l'un de l'autre qu'en ce qui concerne les moyens de contrainte ; mais, il faut bien le remarquer, tout en prenant son point de départ dans le premier de ces droits, il n'entend en aucune façon maintenir et sanctionner l'état de choses que ce droit suppose comme fait. Voici d'ailleurs comment il s'exprime à cet égard :

Le droit naturel est celui de l'homme considéré dans l'état de nature, c'est-à-dire dans l'état où chacun serait son maître en matière de droit. Le principe sur lequel il repose est celui de la justice commutative. La liberté naturelle de chacun doit obtenir, en tant qu'elle est compatible avec celle des autres hommes, une sanction qui est, comme nous l'avons vu, conforme aux intérêts de la liberté morale.

Cette liberté naturelle est le pouvoir que l'homme possède d'exercer l'action de sa volonté sur le monde extérieur. Elle est, en d'autres termes, l'ensemble des biens qui appartiennent à chacun ; car un bien, en prenant ce mot dans son sens juridique, n'est pas autre chose qu'un objet soumis à la libre volonté d'un homme.

Il n'y a qu'un seul droit originel, ou plutôt qu'un seul bien originel ; car on ne peut parler de droits qu'eu égard aux objets auxquels ils s'appliquent : ce droit, ou ce bien originel ou inné, c'est le pouvoir que chacun peut exercer sur son propre corps. Tous les autres ont besoin d'être acquis, et voici comment cette acquisition peut se réaliser :

Le sol sur lequel nous sommes appelés à vivre est originellement commun à tous ; il en est de même des trésors et des produits dont nous avons besoin pour soutenir et pour embellir notre existence. La première tâche qui nous incombe consiste à faire cesser une pareille indivision, afin que chacun puisse disposer de la part qui lui en reviendra avec la même liberté

que de son propre corps. C'est là ce qu'on appelle *le droit aux choses*, et notre auteur fait ressortir avec beaucoup de force la nécessité d'admettre le principe de la propriété individuelle.

De cette première nécessité sociale devait en dériver une seconde : le droit conventionnel.

Ce partage auquel on a dû procéder porte nécessairement atteinte aux droits égaux que chacun possédait originairement sur le sol, sur ses trésors et sur ses produits ; il ne saurait, par conséquent, se justifier qu'à la condition que chacun puisse se procurer, au moyen d'échanges, ce dont il pouvait s'emparer directement dans l'état originel.

Il faut avouer que c'est là une théorie du contrat qui ne manque pas d'originalité ; voici comment notre auteur cherche à la justifier.

Il se pose cette question : Les contrats sont-ils obligatoires ? et par quel motif le sont-ils ?

« Il n'y a pas de doute, dit-il, qu'ils ne soient obligatoires d'après les préceptes de la morale ; mais qu'en est-il d'après les principes du droit ?

« Le débiteur peut répondre au créancier qui réclame l'exécution d'un engagement donné et accepté : Il est vrai que je t'ai fait la promesse dont tu parles ; mais soit que j'aie voulu dès le principe te tromper, soit que je ne veuille plus tenir une parole sérieusement donnée dans l'origine, tu ne saurais avoir une action judiciaire contre moi. Car qui t'a donné le droit de croire à la véracité de ma parole ou de me lier par mes promesses ? La véracité n'est pas une obligation juridique (*naturaliter alios circumvenire licet*). En manquant de parole, je ne fais qu'user de mon droit (*qui suo jure utitur nemini injuriam facit*).

« Voici ce qu'on peut répondre pour justifier la force obligatoire des contrats : Si le droit exige que l'on substitue la propriété individuelle à l'originelle communauté des biens, il y a toutefois dans ce principe une injustice provenant de ce qu'il est inconciliable avec la prétention que chacun pouvait naturellement élever, comme les autres, sur les biens de cette terre. Le problème à résoudre consiste donc à rendre la propriété individuelle compatible avec cette prétention originelle (*cum jure omnium in omnia*). Ce problème ne peut se résoudre qu'en rendant la propriété individuelle aliénable, soit quant au fond du

droit, soit quant à la jouissance. Or les contrats sont les formes et les actes au moyen desquels cette aliénation peut se réaliser ; ils sont donc obligatoires, non pas parce qu'une parole donnée et acceptée l'est en elle-même, mais parce qu'on ne saurait y manquer sans violer une autre obligation à laquelle il ne peut être satisfait que par la fidélité à tenir ses engagements. »

Notre auteur se pose lui-même une objection à laquelle il répond d'une manière qui est bien loin de nous paraître satisfaisante.

« On ne saurait nous opposer, dit-il, que notre théorie légitime seulement les contrats qui ont rapport à l'acquisition des choses ou à la jouissance qu'on peut en avoir ; car tout engagement se rapportant à un acte se résout naturellement en dommages-intérêts quand il n'y est pas volontairement satisfait. »

M. Zachariæ nous paraît tourner ici dans un cercle vicieux : l'engagement se rapportant à un acte ne peut se résoudre en dommages-intérêts qu'autant qu'il est valable en lui-même.

« On peut, il est vrai, a-t-il ajouté plus loin, invoquer d'autres motifs à l'appui de la force obligatoire des contrats : celui qui manque à sa parole a contre lui la présomption qu'il a trompé volontairement la partie adverse. Or, si l'acte de tromper volontairement une autre personne entraîne l'obligation d'indemniser celle-ci, la meilleure manière d'obtenir cette indemnité étant d'exiger l'exécution de l'engagement, on peut en conclure que la loi peut et doit, grâce à cette présomption et en vertu des principes de police se rapportant au droit civil, déclarer les contrats généralement obligatoires. On arrive au même résultat quand on prend en considération les avantages que le respect des engagements contractés présente pour les mœurs publiques et pour le bien général. Mais, indépendamment des doutes qui peuvent s'élever sur le bien fondé de ces derniers motifs, le premier appartient seul au droit civil proprement dit. »

Les derniers arguments indiqués par M. Zachariæ appartiennent en effet à ce qu'il appelle *le droit de police*, dont nous aurons à nous occuper plus tard.

La doctrine de notre auteur sur le droit de famille ne manque pas non plus d'originalité. Voici de quelle manière il l'expose :

La communauté originelle que nous avons mentionnée, et

qu'il faut convertir en propriété individuelle, n'est pas la seule ; il en existe une autre que la nature a établie entre les hommes, ou qu'elle force les hommes à établir entre eux pour se conformer à ses plans : la communauté entre les deux sexes.

Encore ici il doit intervenir un partage. Ce partage se réalise par la monogamie ; et comme, même sous cette forme de communauté, l'un des époux se trouve dans la dépendance de l'autre, il faut chercher comment cette dépendance réciproque peut se concilier avec l'indépendance originelle de chacune des personnes qui s'y trouvent engagées. De là naît le droit matrimonial.

Ce problème résolu, il faut nécessairement en aborder un autre ayant pour objet de régler les rapports réciproques des parents et des enfants. Ces deux éléments constituent le droit de famille.

« Le mariage ne saurait dériver d'un contrat ; car, pour ne pas parler d'autres objections, ce contrat, considéré en lui-même, serait incompatible avec l'indépendance de chacun des époux, indépendance qui doit être protégée par le droit.

« On pourrait encore invoquer ici les tristes conséquences auxquelles le droit révolutionnaire de la France a été conduit ; il a livré le mariage à l'arbitraire des parties intéressées, parce qu'il l'a considéré comme un contrat.

« Le devoir de la nature ne saurait pas non plus suffire pour expliquer le mariage ; car ce devoir ne fournit pas immédiatement des données suffisantes sur ce qu'une pareille union doit être.

« On peut dire, il est vrai, que pour être un mariage cette union doit s'opérer de telle manière qu'elle fournisse des garanties au sujet d'une observation convenable des obligations que la nature impose aux parents ; mais rien ne prouve que ce soit le seul caractère par lequel cette union puisse constituer un mariage.

« Si l'on s'arrêtait à ce devoir, il ne faudrait considérer les époux que comme des instruments placés dans les mains de la nature : tout mariage infécond serait, par cela seul, frappé de nullité.

« Voici comment on peut établir et justifier le droit matrimonial :

« Dans le but de pourvoir à la propagation de l'espèce, la nature a divisé le genre humain en deux sexes. La différence qui existe entre ces deux sexes ne se rapporte pas seulement au rôle physiologique de chacun d'eux, elle s'étend à l'ensemble de la constitution corporelle, intellectuelle et morale qui les caractérise de telle sorte qu'ils doivent se compléter réciproquement. Or, comme la plus haute mission du droit consiste à mettre la liberté naturelle d'accord avec l'intérêt de la liberté morale, on doit nécessairement se poser la question suivante : Comment peut-on arriver à réunir les personnes de sexe différent de manière à ce que ce qui manque aux qualités de l'une soit complété par les qualités de l'autre ?

« La nature a fourni la base d'une pareille union, mais ce n'est cependant là qu'un rapport purement animal. Si ce rapport doit être mis en harmonie avec les principes du droit, s'il doit, en d'autres termes, constituer un mariage, il faut qu'il se présente comme une union absolue et illimitée des personnes qui s'y engagent, il faut qu'il embrasse l'ensemble des biens et des maux qui peuvent être le partage de chacune d'elles.

« Le mariage ne peut exister qu'entre un homme et une femme exclusivement : tous rapports que l'un des époux pourrait avoir avec une tierce personne ne sauraient constituer une pareille union. En se donnant l'un à l'autre, chacun des époux perd le droit de disposer autrement de sa personne.

« Si les analogies ne sont pas de simples plaisanteries, on peut rapprocher cette déduction du mariage de celle au moyen de laquelle nous avons établi le droit de propriété individuelle. Dans l'un et l'autre cas, on transforme une communauté originelle en un autre rapport.

« Les bienfaits de la monogamie peuvent aussi être invoqués à l'appui de la doctrine que nous venons d'exposer. »

Notre auteur fait ressortir de cette déduction les principaux caractères du mariage : cette union est, de sa nature, destinée à durer pendant la vie des époux ; elle doit avoir pour conséquence une communauté universelle de biens, mais c'est là une rigueur dont beaucoup de législateurs ont dû s'écarter par indulgence.

Le mariage peut être dissous par la mort de l'un des époux,

les obligations de chacun d'eux étant le correspectif de ses droits.

L'adultère est la seule autre cause de rupture qu'il soit possible d'admettre.

Après avoir ainsi réglé ce qui tient au mariage, M. Zachariæ s'occupe des rapports qui doivent exister entre les parents et les enfants.

Les parents, dit-il, comme les époux, ont avant tout des devoirs à remplir; leurs droits ont pour but de leur rendre possible l'accomplissement de ces devoirs. Les parents, ayant imposé la vie à leur enfant, doivent réparer l'injustice qu'ils lui ont faite : il faut qu'ils pourvoient à son existence et à son éducation, de sorte que ce soit un devoir pour lui de considérer l'existence comme un bienfait.

Ces devoirs dérivant du seul fait de la génération, il est indifférent en soi que cet acte ait eu lieu en légitime mariage. Il en est cependant autrement en droit positif. Indépendamment de l'influence que diverses conditions peuvent exercer à cet égard, l'État ne peut accorder sa sanction qu'aux droits qui dérivent d'un fait bien constaté; on a été conduit de la sorte à admettre le principe : *Pater is est quem legitimæ nuptiæ demonstrant.* Le fait de la maternité pouvant se prouver, il faut lui faire ressortir dans tous les cas les effets énoncés ci-dessus, mais seulement en ce qui concerne les devoirs qui en dérivent; car personne ne peut acquérir des droits par une action qui est contraire à l'ordre légal.

Les obligations des parents sont la source des droits qu'ils exercent sur leurs enfants. Ceux-ci leur doivent l'obéissance. Ce sont là des droits réels, en ce sens que les tiers sont tenus de les respecter.

Telle fut la dernière doctrine adoptée par notre auteur sur le droit de famille. On ne saurait refuser de reconnaître qu'elle expose avec beaucoup de vérité et une grande délicatesse de sentiments les rapports personnels qui sont à la base de cette institution. Mais on ne peut s'empêcher de regretter l'assimilation qu'on y remarque entre ce genre de droits et la propriété. L'auteur était allé encore plus loin dans les principes fondamentaux de la philosophie du droit privé.

Cette assimilation, qui se retrouve dans la *Métaphysique du*

droit de Kant[1], paraît avoir été une conséquence assez naturelle d'un système qui avait pris pour point de départ les manifestations extérieures de la liberté. La propriété individuelle devait y être le plus apparent des droits; ce qui conduisait à la prendre comme type destiné à expliquer les autres[2].

M. Zachariæ s'occupe ensuite de l'ensemble des biens appartenant à une seule et même personne; il les considère comme formant une unité qu'il désigne sous le nom de *fortune*. Il est ainsi conduit à s'occuper du droit de succession héréditaire, ce qu'il fait encore d'une manière originale.

« L'homme ne cesse point à sa mort d'être propriétaire de sa fortune. Si c'est en vertu de certains faits qu'il possède certains biens considérés isolément, c'est en vertu de sa personnalité même qu'il possède sa fortune; or cette personnalité ne cesse pas avec la vie des sens. L'État, qui a l'obligation de protéger cette propriété, comme tout autre droit, est tenu de sanctionner les dispositions que le défunt peut avoir faites en vue de sa mort, ou de lui donner un héritier s'il est mort sans avoir exprimé ses dernières volontés. Les règles de succession légale doivent être puisées dans l'idée d'un testament présumé.

« Dans l'une et l'autre hypothèse, il y a là une sorte de mandat par lequel l'héritier exerce les droits de son auteur[3]. »

Ce droit de succession peut encore s'appuyer sur d'autres motifs. Il est en rapport avec la durée perpétuelle de l'État, car c'est lui qui concilie les intérêts de la génération qui finit avec ceux de la génération qui commence. Il renforce les liens de la parenté, il augmente l'activité pour le travail et recommande l'économie. Il est souvent la seule condition dont l'accomplissement permette à l'État de récompenser dignement certains services. Il est un puissant moyen de crédit.

Mais ces divers motifs ne reposent pas, comme celui qui est tiré du droit de propriété du défunt, sur la seule base vraiment solide du droit civil proprement dit.

Le droit de tester est, de sa nature, inaliénable. Il en résulte,

[1] Traduction Barni, p. 111 et suiv.

[2] Barni, *Analyse critique de la doctrine de Kant*, p. 160; Puchta, *Pandekten*, § 118.

[3] *Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts*, p. 213; vierzig Bücher vom Staate, vol. IV, p. 122 et 267.

d'une part, que tout contrat par lequel on se dépouillerait de ce droit serait frappé de nullité, et, d'autre part, que tout testament est révocable.

Chacun peut, en principe, disposer de l'ensemble de sa fortune pour le temps qui doit suivre son décès. Les lois positives ont eu cependant raison d'accorder une légitime aux descendants ; car, l'homme trouvant à son entrée dans la vie ce partage déjà consommé, tout au moins en ce qui concerne notre Europe moderne, il faut lui assigner une dot sur la fortune de ses parents, afin qu'il ait d'autant moins de motifs de se plaindre de ce partage et qu'il en ait d'autant plus de considérer comme un bienfait l'existence qui lui a été communiquée. Dans l'intérêt de l'autorité paternelle, cette légitime doit être fixée plutôt trop bas que trop haut, tout en tenant compte cependant des exigences de la constitution qui régit l'Etat. Il faut aussi la combiner avec un droit d'exhérédation basé sur un certain nombre de motifs déterminés.

Il y a des législations qui accordent aussi une légitime aux ascendants. On ne peut pas invoquer ici des motifs aussi puissants que lorsqu'il s'agit des descendants. Mais le droit et la morale sont si étroitement unis dans tout ce qui tient à l'autorité paternelle, que ces législations peuvent se justifier en tant que convertissant en obligation légale un devoir de reconnaissance.

La succession légale a lieu en faveur des parents du défunt, parce qu'il est à présumer que c'est à eux qu'il aurait laissé sa fortune s'il eût testé.

Nous ne pousserons pas plus loin cette exposition de la doctrine de droit civil professée par notre auteur; nous ne pourrions entrer dans les détails sans dépasser les limites qui nous sont assignées. Nous ajouterons seulement que M. Zachariæ reconnaît deux genres d'acquisition de la propriété:

L'acquisition originelle repose sur deux principes : 1° tous les biens qui en sont susceptibles doivent devenir l'objet de la propriété individuelle; 2° la simple occupation suffit pour conférer la propriété des choses qui ne sont pas encore appropriées (*res nullius cedunt occupanti*). Cette appropriation n'a d'ailleurs pas d'autres limites que la volonté de celui qui la réalise et le pouvoir qu'il a de défendre les choses qui en sont l'objet ;

L'acquisition dérivée s'appuie sur un acte de volonté expresse ou présumée du précédent propriétaire.

Quant à l'usucapion, il faut l'admettre comme seul moyen de faire de la propriété un droit absolu et définitivement acquis. Si l'on repoussait ce moyen de consolidation, le droit serait toujours incertain, personne ne pourrait être certain de ne pas être inquiété par un propriétaire ayant des droits antérieurs.

Cette doctrine purement philosophique a un double complément dans l'ouvrage sur l'Etat. C'est d'abord ce qui s'y trouve qualifié du nom de *police :* dépendance du droit de souveraineté et de la justice protectrice. Bien que la police paraisse appartenir plus particulièrement au droit public, elle se rattache cependant au droit civil; c'est d'elle, en particulier, que dérivent les mesures de publicité qui paraissent indispensables en ce qui concerne les droits réels. Cette police de droit civil nous paraît exprimer une idée heureuse, qui mérite d'être étudiée et qui jette bien du jour sur de nombreuses dispositions du droit positif. L'autre complément se trouve dans ce que notre auteur appelle la *philosophie du droit positif*, suite de dissertations additionnelles dans lesquelles on trouve de riches aperçus historiques destinés à expliquer les diversités qui se rencontrent dans les législations de nations différentes. Nous citerons comme particulièrement intéressant pour l'histoire du droit français ce qui est dit à cet égard au sujet du droit de succession.

SECTION III. — Droit pénal.

Le droit pénal, avec les redoutables problèmes qu'il soulève et les rapports nombreux qu'il établit entre les principes constitutifs de l'ordre social et la morale, devait nécessairement captiver l'esprit philosophique de notre auteur.

Les nombreuses théories qui se sont produites à cet égard peuvent, à la rigueur, se classer en trois grandes catégories:

Les théories absolues partent du principe que la peine est nécessaire en elle-même, indépendamment des effets qu'elle peut produire pour la conservation de l'ordre social. Elles se distinguent les unes des autres, en ce que les unes ont la prétention d'absorber le champ de la morale, tandis que les autres ne

croient devoir frapper que les atteintes portées au droit proprement dit;

Les théories relatives admettent, au contraire, que la peine ne doit être qu'un moyen légitime seulement quand il est efficace et nécessaire pour le maintien de l'ordre social;

Les théories mixtes cherchent à combiner les deux principes [1].

Kant avait adopté une théorie absolue réduite au droit, ce qui l'avait conduit à la loi du talion : « La peine, disait-il, ne peut jamais être décrétée uniquement dans le but d'arriver à un bien, soit au profit du criminel lui-même, soit au profit de la société civile. L'homme ne doit jamais être traité comme un pur moyen : sa personnalité naturelle doit le garantir d'un pareil outrage, bien qu'il puisse être condamné à perdre sa personnalité civile. Mais, d'autre part, la loi pénale est un impératif catégorique : si la société civile se dissolvait du consentement de tous ses membres, le dernier meurtrier qui se trouverait en prison devrait être exécuté, afin que chacun portât la peine de sa conduite et que le sang versé ne retombât pas sur le peuple qui n'aurait pas réclamé cette punition. Si l'on demande quel principe et quelle mesure la justice doit suivre pour déterminer l'espèce et le degré du châtiment, il n'y en a pas d'autre que l'égalité, qui consiste à n'incliner pas plus d'un côté que de l'autre. C'est dans ce sens que l'on peut dire : Le mal immérité que tu fais à un autre d'entre le peuple, tu te le fais à toi-même; si tu le voles, tu te voles toi-même; si tu le frappes, tu te frappes toi-même; si tu le tues, tu te tues toi-même. Il n'y a que la loi du talion bien comprise qui, à la barre du tribunal, puisse déterminer la qualité et la quantité de la punition; toutes les autres sont vacillantes et ne peuvent, à cause des considérations étrangères qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence de la pure et stricte justice [2]. »

Mais la loi du talion ne saurait être appliquée dans tous les cas à la rigueur; il faut bien souvent suppléer à son impuissance. Cette vérité reconnue par Kant le conduisait à des solutions plus ou moins arbitraires. M. Zachariæ s'efforça de trouver une règle générale qui pût fournir le moyen de trouver l'équi-

[1] Voir Hepp., *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrech Systemen*; Rœder, *Verbrechen und Strafe*.

[2] Voir *Droit naturel* de Kant, traduction Barni, p. 197.

valent des peines qui dériveraient directement de la loi du talion.

Il admettait, comme Kant, que le droit a pour mission de protéger la liberté extérieure de chaque personnalité humaine; il en concluait que toute infraction à la loi devait être considérée comme une atteinte portée à la liberté extérieure. Partant ensuite, comme Kant, du principe que l'action pénale doit rétablir l'égalité troublée, il arrivait à cette conséquence, que la peine devait être une privation de liberté extérieure équivalente à celle dont la victime du délit avait souffert. Il était ainsi conduit à n'admettre qu'un genre de peine, consistant en un emprisonnement perpétuel ou plus ou moins prolongé, suivant la gravité de l'offense. On peut, suivant lui, pour résoudre ce problème, recourir à l'intermédiaire d'une estimation en argent et condamner le coupable à un emprisonnement équivalent au nombre de jours nécessaire pour gagner par le travail la somme représentant le dommage éprouvé [1].

Cette théorie est certainement ingénieuse, et l'on pourrait être tenté de penser que les faits tendent à lui donner raison, quand on voit l'emprisonnement se substituer de plus en plus aux autres genres de peines; mais ce ne serait là qu'une fausse apparence; les idées abstraites de notre auteur ne sont pour rien dans cette transformation : si l'emprisonnement prend de plus en plus la place des autres modes de répression, cela tient uniquement à ce qu'il est reconnu qu'il satisfait en général aux exigences d'une bonne pénalité.

Le système de notre auteur, tout en atténuant quelque peu les objections que soulève la loi du talion, n'en conserve pas moins les défectuosités inhérentes au point de départ qu'il a adopté. L'obligation de rétablir l'égalité par la création d'un mal artificiel équivalent à celui que le délit a causé ne saurait être suffisamment justifiée. Elle ne tend d'ailleurs à satisfaire ni aux exigences de la justice morale, parce qu'elle donne trop d'importance aux faits extérieurs, ni à celles de la répression sociale, qui peuvent bien souvent réclamer une autre gradation des peines.

M. Zachariæ nous paraît avoir presque complétement re-

[1] *Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts.*

noncé à cette théorie, soit dans son grand ouvrage sur l'Etat, soit dans une dissertation qu'il a composée, la dernière année de sa vie, sur le droit que l'Etat peut avoir de punir des faits qui sont purement immoraux [1]. Il paraît s'être proposé de combiner les théories absolues avec celles qu'on appelle *relatives*, en assignant à chaque principe sa part légitime d'influence.

Il débute par une exposition sommaire et par une critique des divers principes qui ont été admis en pareille matière, ce qui le conduit aux conclusions suivantes :

1° On ne doit punir que les faits qui ont leur cause dans la volonté de leur auteur et qui sont contraires au droit;

2° Ces faits sont d'autant plus punissables qu'ils atteignent ou qu'ils menacent plus gravement les droits d'autrui.

Il insiste sur la nécessité de ne pas renoncer complétement à l'appui moral qui résulte de l'accord des lois pénales avec les inspirations de la conscience; il propose de fixer seulement un maximum et un minimum, de manière à permettre au juge de satisfaire aux exigences de chaque cas. Il pense que ce serait nuire à l'autorité de la loi qu'admettre des circonstances atténuantes permettant de descendre au-dessous du minimum.

Passant ensuite à la question du genre des peines, il revient à la loi du talion, qui lui paraît justifier la peine de mort en tant qu'elle est jugée nécessaire.

Il termine en témoignant un assez grand découragement sur les résultats auxquels conduit la science du droit pénal. « Ces maladies du corps social, qu'on appelle *crimes*, *délits* ou *contraventions*, dit-il, n'admettent que des remèdes indirects. La nature même de ces maladies est assez mal définie, parce que l'Etat est réduit à ne prendre en considération que leurs caractères extérieurs. La nature et la graduation des peines présentent encore plus de doute : l'expérience peut seule fournir quelques instructions à cet égard. Les difficultés de la loi augmentent quand il s'agit de faire l'application de la règle générale aux faits particuliers.

« Toutes ces incertitudes doivent faire incliner à la douceur. »

Nous dirons, pour terminer cette section, que M. Zachariæ ne s'occupa pas seulement de théorie spéculative en matière

[1] Vierzig Bücher vom Staate, t. IV, p. 328-358; *Nachlass*, p. 188.

de droit pénal : membre de la commission législative du grand-duché de Bade, il prépara et publia, en 1826, un projet de Code se rapportant à ce sujet et le fit suivre d'un exposé de motifs à l'appui. Plus tard, en 1840, il publia une critique d'un nouveau projet qui était alors soumis aux Chambres badoises.

SECTION IV. — Du droit public.

Ce n'est pas sans avoir éprouvé quelques doutes que nous avons conservé, dans cette courte exposition des doctrines de notre auteur, la distinction généralement admise entre le droit public et le droit privé. Nous savons, en effet, que dans une dissertation composée pendant la dernière année de sa vie, et comprise au nombre de ses œuvres posthumes, M. Zachariæ s'est attaché à combattre cette distinction telle qu'elle nous a été transmise par les jurisconsultes romains [1].

Il reconnaît bien que certaines dispositions légales se rapportent plus particulièrement à l'intérêt de la communauté et d'autres à celui des particuliers, mais il estime que cette distinction prête à l'arbitraire, parce que, pour en faire l'application, il faut apprécier quel a été le but de la loi, ce qui ne se fait pas toujours de la même manière. Il ajoute qu'il n'y a pas de sujet qui ne se rapporte à la fois à l'intérêt de la communauté et à celui des individus. Il en résulte, suivant lui, que bien souvent on hésite quand on veut procéder à la classification généralement adoptée. Le droit pénal, le droit de la noblesse et celui des villes lui paraissent en particulier donner lieu à cette difficulté.

Il pense que, pour arriver à une distinction plus précise et moins arbitraire, il conviendrait de remonter à la nature des choses et de partir des différences qui existent entre le droit antérieur et le droit postérieur à l'État.

Le premier s'appuyant sur une hypothèse d'après laquelle chacun serait son propre maître, et supposant, en conséquence, une société qui ne se composerait que d'individus, il est bien manifeste qu'il ne peut pas s'y agir de droit public.

Le second admet, au contraire, l'existence d'un pouvoir su-

[1] Inst., *De justitia et jure*, § 4.

périeur exerçant une contrainte physique. Cette idée de l'Etat en fait naître deux autres : celle de la constitution et celle du gouvernement.

La constitution d'un État est l'ensemble des conditions auxquelles sont soumis tant son existence que l'exercice de son activité. Elle peut lui imposer des limites et déterminer les attributions qui doivent lui être confiées.

Le gouvernement se compose de l'ensemble des actes par lesquels cette activité se manifeste. Quelque nombreux que soient ces actes, ils peuvent se ramener à deux chefs : la justice et l'administration.

La justice, *causæ justiciæ*, comprend les actes dans lesquels chacune des parties intéressées peut invoquer le droit ; elle se divise en justice civile et justice pénale.

L'administration, *causæ regiminis*, ou comme disaient les canonistes, *causæ gratiæ*, comprend les actes dans lesquels l'État seul peut invoquer le droit.

La justice civile a pour objet principal de déterminer et de sanctionner ce que l'auteur appelle *droit naturel ou antésocial*.

M. Zachariæ fait d'ailleurs observer que c'est volontairement qu'il a laissé le droit international en dehors de la classification qu'il propose, soit parce qu'il n'était pas dans son intention de s'en occuper, soit parce que, la coexistence de plusieurs États ne dérivant pas nécessairement de la nature de cette forme sociale, le droit qui la suppose s'appuie sur un fait plus ou moins hypothétique [1]. Nous n'avons pas à rechercher quelle peut être l'importance de cette doctrine : elle repose sur une distinction que nous ne croyons pas devoir admettre, et elle n'a d'ailleurs pas reçu les développements nécessaires pour qu'il fût possible de l'apprécier en connaissance de cause.

Nous ne croyons pas qu'elle fût complétement nouvelle pour M. Zachariæ. Il nous semble, au contraire, en reconnaître des traces nombreuses dans le grand ouvrage sur l'État, bien qu'elle n'y soit qu'indiquée [2]. Nous ne pensons pas devoir modifier le sens que l'usage a généralement donné aux mots *droit public*

[1] *Nachlass*, p. 120 ; vierzig Bücher, vol. I, p. 182 ; *Manuel du Code Napoléon*, §§ 2 et 4, édition de 1837.

[2] Vierzig Bücher, vol. I, p. 172. — Voir aussi le *Manuel*, § 2, note 5.

et *droit privé*, et nous continuons à désigner par les premiers les dispositions qui se rapportent plus particulièrement à l'intérêt général représenté par l'idée de l'État.

Notre auteur suit dans cette partie de son travail la même méthode que dans celle où il énonçait les premiers principes de la science. Il met généralement en présence deux systèmes, dont l'un s'appuie sur la raison et l'autre sur quelque révélation divine conduisant à la théocratie.

C'est là un procédé qui présente de très-grands avantages pour la saine intelligence de l'histoire ; mais, comme c'est avant tout la pensée de M. Zachariæ que nous voulons connaître, c'est le premier de ces systèmes que nous devrons exposer, parce que c'est là que se trouve cette pensée.

L'État, se présentant comme puissance indispensable à la réalisation du droit, participe nécessairement à l'autorité dont celui-ci se trouve revêtu. Mais cette puissance ne peut rester dans le domaine de l'abstraction ; il faut qu'elle s'incarne, en quelque sorte, dans une personne déterminée ; c'est là ce qu'on appelle *la souveraineté* [1]. Personnification de la force sociale chargée de faire respecter le droit, cette souveraineté n'a pas d'autres limites que les bornes imposées à ce dernier par la nature des choses. Elle est impérissable, indivisible, présente partout : elle s'exerce, en ce qui concerne ses ressortissants, même en dehors du territoire qui lui est plus spécialement soumis.

Le souverain est la source suprême du droit à l'égard des personnes qui lui sont subordonnées ; s'il lui incombe des obligations, que ces dernières puissent invoquer contre lui, ce ne peut être qu'à titre d'équité, à moins que l'État n'agisse comme représentant l'intérêt général dans un cas où cet intérêt se trouve en opposition avec celui d'un particulier ou de plusieurs.

C'est à Dieu seul que le prince doit compte de sa conduite, est-il dit plus loin [2] : « Les Anglais expriment cette idée en disant que le roi ne peut pas faire le mal. Le peuple peut, il est vrai, s'élever contre un prince qui se joue des lois, il peut même lui arracher une couronne dont il est indigne ; mais il se déshonore

[1] Vierzig Bücher, vol. I, p. 82.
[2] *Ibid.*, vol. III, p. 105.

soi-même s'il le met en jugement après l'avoir vaincu. C'est pourquoi l'on doit considérer comme une des plus belles conquêtes de l'intelligence le principe en vertu duquel les ministres sont responsables des actes publics du souverain : s'il en était autrement, l'impunité dont ce dernier doit jouir présenterait de très-grands dangers. »

Les termes absolus par lesquels l'auteur s'efforce d'exprimer toute l'étendue du pouvoir souverain ne doivent point faire penser qu'il admît que ce pouvoir pût s'exercer d'une manière arbitraire. Bien au contraire : le législateur devait être l'interprète et non le créateur du droit ; il était soumis lui-même à une loi supérieure qu'il devait faire respecter, sans que cependant il fût possible d'admettre, en principe, que les sujets pussent se faire un titre de désobéissance de prétendues infractions qui seraient faites à cette loi. C'est bien là ce qui résultait des principes fondamentaux du système et des déclarations expresses de M. Zachariæ [1].

Mais comment peut-on reconnaître la personne qui doit revêtir la souveraineté ?

Cette question a souvent été résolue dans l'histoire par des idées religieuses admettant l'existence d'un mandat octroyé par la Divinité ; mais elle présente de grandes difficultés quand on la considère au point de vue du droit rationnel.

La souveraineté ne peut appartenir de plein droit qu'à celui qui veut ce qui est juste et seulement ce qui est juste. La volonté du peuple ne réalise pas nécessairement cette condition, il faut en conclure que la prérogative suprême peut ne pas être son partage. Le peuple n'existe d'ailleurs comme corps que par l'action de la puissance qui le domine et le constitue : ce serait admettre un cercle vicieux que vouloir faire surgir de lui cette puissance sans laquelle il ne saurait exister. Il ne pourrait s'agir que d'une majorité voulant dominer sur une minorité. Or le principe d'égalité s'oppose à ce qu'une pareille domination soit en elle-même légitime. On ne peut par conséquent pas dire que les constitutions démocratiques doivent seules être reconnues par la raison.

[1] Voir spécialement le chapitre intitulé : *Ce que les lois doivent contenir*, vol. IV, p. 22.

Mais il ne suffit pas que le souverain ait la volonté de faire régner la justice, il faut encore qu'il ait assez d'intelligence pour la reconnaître et de force pour la faire respecter. Si l'on voulait exiger à la rigueur l'accomplissement de toutes ces conditions, on arriverait à ce résultat qu'il ne serait pas possible de trouver une souveraineté capable de se justifier pleinement. La question ne pouvant pas être résolue d'une manière absolue, on est bien forcé de se contenter d'une solution relative, et l'on est ainsi conduit à reconnaître le droit de souveraineté au pouvoir qui a pour lui la volonté du peuple, c'est-à-dire l'approbation de la majorité numérique des citoyens : c'est là que se trouve l'autorité la moins injuste, parce qu'elle ne l'est que pour le petit nombre : *volenti non fit injuria*.

M. Zachariæ reconnaît combien ces considérations peuvent paraître insuffisantes, mais il ajoute que, l'État n'étant point une association purement arbitraire, et s'appuyant, bien au contraire, sur de fortes obligations morales, on est forcé de considérer l'appui de la majorité comme fournissant un titre suffisant. Cette majorité peut se manifester d'une manière expresse ou tacite, ce qui amène l'auteur à s'occuper de ce qu'on appelle *le principe de la légitimité*.

Ce principe consiste à admettre que dans chaque État on ne doit considérer comme souverain régulier que celui dont les titres reposent sur un droit positif déjà ancien; il tend à faire repousser comme contraire au droit tout changement qui s'opère par la violence.

Une constitution traditionnelle a pour elle la présomption légale qu'elle est acceptée par la vraie majorité. Elle s'appuie sur la puissance de l'habitude et sur la force d'inertie; elle s'est identifiée, pendant sa longue existence, avec les intérêts, les mœurs et les croyances des citoyens; elle est même, pour un grand nombre, la seule constitution qui puisse être acceptée, parce qu'elle est la seule qu'ils connaissent.

Il est vrai que ce n'est pas là un principe absolu, mais il n'en doit pas moins être respecté aussi longtemps que la nécessité de s'en écarter n'est pas constatée; on peut même dire que la durée d'un gouvernement est généralement son meilleur titre [1].

[1] Vierzig Bücher, vol. I, p. 82-119.

L'auteur se demande ailleurs plus directement si les révolutions et les coups d'État peuvent être légitimes; il répond que ce n'est pas là une question de droit, mais une question de conscience. Il ajoute que c'est généralement d'après leurs résultats que pareils actes sont appréciés [1].

La souveraineté s'exerce sous deux formes ou par deux fonctions différentes : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Le premier formule les règles générales qui doivent régir la société.

Le second se divise en pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif dans le sens le plus étroit de ce mot. Le pouvoir judiciaire termine, en conformité des règles du droit, les contestations juridiques concernant les particuliers; le pouvoir exécutif fait l'application de ces règles en dehors des cas soumis à l'autorité des tribunaux.

Nous n'avons pas à rechercher si cette distinction traditionnelle qui se trouve dans les quarante livres sur l'État ne devrait pas être modifiée par suite de la théorie présentée dans l'article posthume mentionné plus haut. Nous regrettons que l'auteur n'ait pas poussé plus loin les développements de ce nouveau système.

Si l'on considère la souveraineté dans ses rapports avec les matières dont elle doit s'occuper, on peut lui reconnaître des droits objectifs et des droits subjectifs. Les premiers dérivent d'obligations ou de devoirs qui incombent à l'Etat; les seconds ont leur source dans les exigences auxquelles l'État lui-même est soumis, en ce qui concerne son existence et le déploiement de son activité.

Les premiers se divisent en deux catégories suivant qu'ils s'exercent à l'intérieur ou à l'extérieur. C'est à l'intérieur qu'agissent : 1° le pouvoir civil réalisant la justice commutative dans le sens indiqué plus haut; 2° la police ou justice protectrice; 3° le pouvoir d'infliger des peines et de décerner des récompenses. — C'est à l'extérieur que se déploient : 1° le pouvoir de représenter le peuple national dans ses rapports avec les États étrangers; 2° celui de déterminer et de faire respecter les droits de la souveraineté nationale à l'égard de celle des autres

[1] Vierzy Bücher, vol. III, p. 93.

peuples; 3° celui de régler les rapports qui doivent exister entre les nationaux et les étrangers.

Les droits subjectifs consistent à pouvoir organiser l'Etat, surveiller la société et faire tourner au plus grand bien de la communauté les forces intellectuelles et physiques du peuple. On voit résulter, comme conséquence plus ou moins directe de cette dernière prérogative, le droit de veiller à la conservation et à l'agrandissement de ces forces.

L'auteur rappelle ici que, la souveraineté étant absolue, elle doit l'emporter toutes les fois qu'il s'élève un conflit entre elle et des particuliers; c'est ce que l'on a quelquefois appelé prérogative, droit de majesté, *jus eminens*; c'est moins un droit spécial qu'un des attributs de la souveraineté [1].

Cette distinction en droits objectifs et subjectifs, juste à un certain point de vue, nous paraît cependant contestable en ce sens que les premiers reposeraient seuls sur des devoirs ou des obligations incombant à l'État. Les seconds dérivent aussi de véritables devoirs : le droit ne pouvant s'appuyer que sur l'Etat, celui-ci est bien certainement tenu de se défendre et de conserver les moyens d'action qui lui sont nécessaires. On pourrait être tenté d'appliquer ici la distinction souvent invoquée en morale, où l'on admet des devoirs envers soi-même et des devoirs envers les autres ; mais il ne faut pas perdre de vue que l'Etat n'existe qu'en considération des services qu'il doit rendre, ce qui lui fait une position spéciale et ne permet pas de le comparer à un particulier.

Cette distinction de droits objectifs et subjectifs nous paraît devoir être prise dans un sens purement relatif. Nous pensons d'ailleurs que les observations consignées dans l'article posthume qui a été mentionné plus haut s'appliquent ici dans toute leur force et que tel était bien, au fond, l'avis de M. Zachariæ. Nous lisons en effet plus loin, dans un chapitre consacré au but pratique de l'Etat, ces paroles remarquables : « Le droit et la morale sont plus faciles à distinguer dans la science que dans la vie. La rigueur des principes peut dégénérer en pédanterie quand il s'agit d'en faire l'application [2]. » L'auteur a pour

[1] Vierzig Bücher, vol. I, p. 119-125; vol. IV, p. 87-99.
[2] *Ibid.*, vol. I, p. 153.

but principal d'expliquer et de justifier, par ces paroles, diverses extensions qu'il paraît faire subir aux limites étroites que son système semble assigner à l'activité de l'Etat.

Il fait d'ailleurs observer que tous les droits qu'il a énumérés comme parties intégrantes de la souveraineté doivent être considérés comme les membres d'un même organisme ; que s'il peut convenir, sous plus d'un rapport, de diviser entre plusieurs départements la direction supérieure des affaires de l'Etat, cette division n'en est pas moins difficile à faire et à maintenir : elle peut conduire à ne considérer les choses que d'un côté, au lieu de les dominer dans leur ensemble et d'en prévenir toutes les conséquences ; elle peut aussi provoquer des conflits regrettables. On doit, en particulier, veiller à ce que le gouvernement ne soit pas forcé de faire l'application de lois qui lui paraissent défectueuses. Il faut aussi que l'action du pouvoir exécutif proprement dit se combine avec celle du pouvoir judiciaire de manière à la protéger sans porter atteinte à son indépendance.

La suite de ces observations conduit M. Zachariæ à s'occuper de la justice administrative. Il admet que diverses considérations peuvent autoriser le législateur à renvoyer aux autorités administratives la solution de difficultés que la nature des choses semblerait attribuer aux corps judiciaires. Ce sont là, suivant lui, des cas exceptionnels qui peuvent se justifier par de puissantes raisons d'ordre public : il s'y agit tantôt de rapports extérieurs, ce qui avait lieu par exemple au sujet du conseil des prises de l'ancienne France, tantôt de rapports intérieurs, ce dont les conseils de révision chargés de statuer sur les demandes en dispense de service militaire sont un exemple. Cette justice administrative doit, autant que possible, revêtir les formes et s'entourer des garanties de la justice ordinaire.

Le puissant esprit qui a systématisé les doctrines de notre droit civil paraissait assez peu partisan de la codification. Ce mode de procéder ne lui semblait pas sans dangers pour le développement scientifique du droit. Il pensait que les principes généraux et tout ce qui peut donner à la doctrine une unité et des formes trop systématiques doivent être exclus des Codes : c'est à la science qu'il faut réserver cela, disait-il, on ne pourrait méconnaître cette règle sans porter atteinte aux bonnes

études ; ce qui tournerait au grand détriment du gouvernement et du peuple. On ne pouvait, suivant lui, se faire une idée plus exacte des différences qui existent entre un Code et un livre de droit ayant force de loi, qu'en comparant le Code Napoléon et le recueil de droit prussien. Il ajoutait que, puisqu'on s'occupait de codification dans un grand nombre d'Etats allemands, il fallait étudier sérieusement la question de savoir par quels moyens il serait possible d'obtenir que ce zèle législatif ne fît pas baisser la science [1].

Après avoir exposé la théorie générale de l'Etat, M. Zachariæ s'occupe spécialement du droit constitutionnel. C'est, comme nous l'avons dit, dans le troisième volume de son grand ouvrage qu'il traite ce sujet. Il y consacre cinq livres, dans lesquels il aborde successivement : 1° la doctrine générale de ce droit ; 2° la monarchie pure ou gouvernement d'un seul ; 3° l'aristocratie ; 4° la démocratie ; 5° la monarchie constitutionnelle.

La pensée de l'auteur s'exprime en six principes énoncés de la manière suivante :

1° Aucune constitution n'est légitime en soi, par suite des formes dont elle est revêtue. La légitimité d'une constitution dépend des garanties qu'elle donne que la puissance de l'Etat s'exercera d'une manière convenable et sera capable de maintenir l'ordre à l'intérieur et la sécurité à l'extérieur ;

2° Les formes de la constitution ne sont toutefois pas impuissantes à fournir de pareilles garanties. Elles peuvent, par exemple, placer les dépositaires du pouvoir dans une position telle qu'on puisse en attendre plus de bien que de mal ; elles peuvent identifier l'intérêt personnel des employés avec celui de l'Etat ; elles peuvent forcer, en quelque sorte, le peuple à s'occuper activement des affaires publiques ;

3° Ces formes ne sont pas à elles seules une garantie complète du bon exercice de la souveraineté. Le développement et le caractère du peuple doivent y contribuer ;

4° Il n'est pas possible de constater avec certitude que tels résultats sont dus à telles formes de la constitution, et de prévoir de la même manière quelles sont les espérances que l'on peut fonder sur quelque changement à opérer dans ces formes ;

[1] Vierzig Bücher, vol. IV, p, 34.

5° L'influence que la constitution exerce sur les sentiments et les pensées du peuple dépend des moyens qu'elle offre à chacun d'arriver au pouvoir, à la considération, aux richesses;

6° Il n'y a pas de constitution qui soit nécessairement parfaite en elle-même. Il faudrait, pour être telle, qu'elle garantît par ses formes seules le bon exercice de la souveraineté. S'il était possible d'arriver à un tel résultat, ce serait un mal, parce que le peuple y puiserait une sécurité qui le porterait à ne plus s'occuper des affaires publiques.

M. Zachariæ dit en terminant qu'il n'a pas manqué d'écrivains qui se sont efforcés de présenter un idéal de constitution, mais ils n'ont pu le faire qu'en supposant un peuple idéal auquel de pareilles règles seraient destinées [1].

Le volume dans lequel notre auteur expose ses vues sur le droit constitutionnel est un des meilleurs de l'ouvrage. Nous regrettons que les limites que nous nous sommes imposées ne nous permettent pas de nous y arrêter plus longtemps. L'histoire et la philosophie s'y prêtent un appui réciproque et l'on y trouve les traces d'une érudition vraiment extraordinaire. Nous avons surtout remarqué ce qui a rapport à la politique la plus convenable pour la conservation des aristocraties et des démocraties, ce qui est dit sur les avantages respectifs de la démocratie représentative et de la monarchie constitutionnelle, sur les différences qui existent entre la démocratie autocratique, représentée par les républiques de l'ancienne Grèce, et la démocratie représentative, dont les principaux exemples se trouvent dans les Etats-Unis d'Amérique. Les dangers et les effets du despotisme sont décrits avec une véritable éloquence.

Le volume se termine par l'exposition des principes qui doivent régir la monarchie constitutionnelle [2]. — C'était cette dernière forme de gouvernement qui paraissait à notre auteur devoir prédominer en définitive dans les Etats de l'Europe [3].

Les principes généraux sur lesquels reposait tout le système de M. Zachariæ devaient le conduire à n'accorder à l'Etat qu'un

[1] Vierzig Bücher, vol, III, p. 23, chapitre intitulé : *De la meilleure constitution*.

[2] P. 181 et suiv., 196 et suiv., 226 et suiv., 135 et suiv.

[3] *Ueber Europas Zukunft. Kritische Zeitschrift* von Mittermaier und Zachariæ, vol. IV, p. 305-377.

champ d'activité resserré dans des limites assez étroites; et bien qu'il ne tînt pas, comme nous l'avons vu, à une application rigoureuse de sa théorie, il la défendait avec beaucoup de force et d'esprit. L'Etat, en tant qu'imposant une contrainte, ne pouvait se justifier à ses yeux que comme un mal nécessaire. On ne pourrait étendre son action qu'en lui reconnaissant le droit et même en lui imposant l'obligation de disposer largement de la fortune et des forces des citoyens. L'Etat ne peut vivre que de biens étrangers; il est obligé de prendre d'une main ce qu'il donne de l'autre, et l'on ne peut tout attendre de lui sans s'exposer à ressembler à des gens qui, reçus dans une hôtellerie, se croient invités et sont fort étonnés quand on leur présente la carte à payer [1].

C'est sous l'empire de ces idées que l'auteur étudie les questions qui se rapportent au pouvoir de l'Etat sur les forces intellectuelles et morales et sur les biens physiques de ses ressortissants, ce qui fait l'objet des deux derniers volumes du système. On voit dériver du premier de ces pouvoirs le droit d'agir sur l'éducation du peuple, et du second le droit d'administrer la fortune nationale. Les rapports de l'Eglise et de l'Etat sont une dépendance du premier de ces droits.

Après s'être occupé des règles générales de l'enseignement et de l'éducation [2], notre auteur s'attache à rechercher quels sont à cet égard les droits de l'Etat et quel usage il doit en faire [3].

On voit nécessairement s'élever des prétentions rivales quand on recherche à qui cette importante mission doit être confiée. La famille, l'Etat et l'Eglise ont à cet égard des titres dont l'autorité respective peut paraître douteuse; chaque génération peut aussi réclamer le droit de pourvoir elle-même à son instruction et à son éducation dès un certain âge qu'il n'est pas toujours facile de fixer avec précision. Cette lutte d'influences souvent opposées amène M. Zachariæ à se poser la question des rapports qui doivent exister entre l'Eglise et l'Etat. Il se prononce pour la séparation et conclut à la liberté d'enseignement et d'éducation, l'Etat ne devant intervenir que pour ga-

[1] Vierzig Bücher, vol. I, p. 147-169.
[2] *Ibid.*, vol. VI, p. 10-32.
[3] *Ibid.*, vol. VI, p. 32.

rantir aux parents et aux enfants les droits réciproques qu'ils tiennent de la nature des choses, et pour prêter son aide quand l'impuissance des moyens individuels le rend nécessaire [1]. Nous ne pouvons que signaler ici de belles pages consacrées à rechercher quelles sont à cet égard les tendances du christianisme considéré soit dans ses principes généraux, soit dans les formes qu'il a reçues du catholicisme et du protestantisme. Ce sont là des sujets où la profondeur philosophique et la vaste érudition de l'auteur se révèlent dans toute leur grandeur [2].

On retrouve la même méthode et la même largeur de pensée dans le septième et dernier volume. M. Zachariæ s'y occupe d'abord des principes généraux de l'économie politique, pour étudier ensuite cette science dans ses rapports avec les droits résultant de la souveraineté.

Ses principes devaient le conduire au système de la liberté d'industrie, l'Etat ne devant intervenir que pour protéger et aider au besoin, le tout cependant sous réserve du droit de surveillance et de police dans les limites de ce qui est nécessaire, et sous réserve aussi des mesures exceptionnelles qui peuvent être réclamées par les circonstances [3].

Les dépenses publiques doivent être restreintes à ce qui est nécessaire, et c'est d'après le même principe qu'il faut déterminer les revenus de l'Etat [4].

L'impôt ne doit point, en principe, frapper les créances contre l'Etat : ce serait une manière peu loyale employée par ce dernier pour diminuer ses dettes. C'est généralement le revenu et non le capital qu'il doit atteindre : agir autrement pourrait conduire à tarir la source même qui le produit. Mais si l'impôt sur le revenu est en principe le plus juste de tous, diverses causes en rendent la répartition et la perception difficiles. On cherche

[1] Vierzyg Bücher, vol. VI, p. 38-61.

[2] Vol. VI, p. 61, 105.— M. Zachariæ se préoccupa beaucoup des rapports de l'Eglise et de l'Etat. Nous avons déjà cité l'ouvrage spécial qu'il avait consacré à l'étude de ce sujet; nous citerons encore un article de revue : « Der Streit zwischen Kirche und Staat, » dans Lipperts *Annalen des Kirchenrechts*, 1833, p. 95-118.

[3] Vol. VII, p. 79, 111. — Outre ce septième volume, notre auteur a publié un recueil de dissertations sur l'économie politique : *Abhandlungen aus dem Gebiete der Staatswirthschaftslehre*, Heidelberg, 1835, 206 pages.

[4] Vol. VII, p. 126.

à atteindre le même but en frappant la dépense au moyen de charges indirectes ; on n'y arrive cependant que bien imparfaitement et d'une manière fort aléatoire.

La difficulté de la matière doit conduire à restreindre les impôts dans les limites de ce qui est nécessaire, et l'on ne peut y arriver qu'en réduisant les dépenses publiques.

M. Zachariæ consacre ensuite des pages fort remarquables à l'étude des avantages, des dangers et des résultats fâcheux qui sont la conséquence de la dette publique. Il admet comme chose heureuse la plus grande dépendance dans laquelle les gouvernements se trouvent ainsi placés à l'égard des peuples, ce qui leur impose la nécessité de compter avec les idées démocratiques et de se concilier, par des habitudes d'ordre, d'économie et de loyauté, la confiance qui leur est nécessaire. Il croit aussi qu'il ne faut pas faire complétement abstraction de l'avantage qui peut résulter de ce nouveau mode de placement offert aux capitalistes Mais il pense, en définitive, que le mal l'emporte sur le bien. Il croit qu'un Etat une fois entré dans la voie des emprunts se trouve fatalement entraîné à s'y engager de plus en plus, et il s'attend à des catastrophes pour le cas où quelque guerre générale viendrait à se déclarer. Les emprunts ne doivent par conséquent être considérés que comme des mesures exceptionnelles que certaines circonstances peuvent justifier ou même réclamer. Nous dirons en terminant que l'auteur s'était occupé des moyens de réduire la dette publique[1].

SECTION V. — Du droit international.

Notre auteur consacre tout le cinquième volume de son grand ouvrage aux rapports de droits qui dérivent de ce que les peuples sont divisés en un certain nombre d'Etats différents.

Ces Etats, considérés comme personnes morales, ayant à soutenir en cette qualité des rapports réciproques, peuvent réclamer l'application de principes analogues à ceux qui doivent régir les personnes individuelles. Mais, comme on ne re-

[1] « Ein neuer Plan zur Tilgung der Staatsschulden, » Weicks *Annalen für Geschichte und Politik*, Band 3, seiten 100-120.

trouve pas ici une puissance supérieure capable de terminer, par une décision impartiale, les contestations qui peuvent s'élever, ces rapports réciproques aboutissent au droit de guerre et de paix.

Divers liens peuvent s'établir entre des Etats originairement indépendants les uns des autres, ce qui constitue, suivant les cas, les Etats confédérés, les confédérations d'Etats et les simples alliances [1]. M. Zachariæ s'attache à faire ressortir, dans un court résumé de l'histoire de l'Europe depuis l'invasion jusqu'aux temps modernes, les éléments divers qui tendent à conduire vers une unité supérieure ; il expose en termes sommaires les phases successivement parcourues par cette évolution, ce qui lui sert de transition pour arriver à ce que nous appelons communément *le droit international privé*. Nous devons nous arrêter plus longtemps sur ce dernier sujet, parce qu'il nous rapproche du *Manuel du Code Napoléon*.

Cette branche du droit international se distingue de la première en ce que les infractions qui sont faites aux règles qui la concernent ne suffisent généralement pas en elles-mêmes pour justifier la guerre.

C'est principalement de la sagesse de chaque Etat qu'il faut attendre l'observation de ces règles, et les mesures de rétorsion auxquelles on recourt quelquefois en pareille matière ont le plus souvent pour résultat d'ajouter au mal qu'on veut prévenir.

Notre auteur a consacré deux livres de son grand ouvrage à ce sujet : il cherche d'abord à mettre en évidence le but qu'il faut s'efforcer d'atteindre et recherche ensuite quels sont les moyens d'y parvenir.

La coexistence d'Etats indépendants les uns des autres suscite nécessairement certaines entraves au libre développement de l'activité individuelle : le droit civil universel ou cosmopolite se propose de faire disparaître ces entraves dans la mesure de ce qui est possible.

Deux principes semblent devoir conduire à ce résultat : 1° liberté de circulation de l'intérieur à l'extérieur, de l'extérieur à l'intérieur de chaque Etat, et cela tant en ce qui concerne les

[1] Voir le *Manuel*, § 3.

choses qu'en ce qui concerne les personnes et les pensées; 2° égalité de droit entre les étrangers et les nationaux.

Quelque libre et indépendant que puisse être un Etat dans l'exercice de sa souveraineté, il n'en est pas moins obligé moralement de respecter certaines règles dans l'exercice de ce droit. Chaque homme, étant tenu de se considérer comme membre de l'humanité, doit pouvoir agir en conséquence de cette obligation ; l'Etat a le devoir de lui assurer cette faculté. Il en résulte les règles suivantes :

1° Toutes les fois que la souveraineté de deux Etats peut ou doit s'exercer sur les mêmes personnes ou sur les mêmes choses, ces Etats doivent s'efforcer de ne pas porter atteinte à leur droit respectif ;

2° Il ne suffit pas que ces Etats ne se nuisent pas, il faut qu'ils se prêtent réciproquement aide et concours. C'est de cette règle que M. Zachariæ fait ressortir la convenance de l'exécution des jugements rendus à l'étranger, convenance qui nous paraît plus ou moins contestable en fait, suivant les cas ;

3° Les gouvernements doivent accorder réciproquement foi à leurs déclarations respectives faites dans les limites de la compétence et suivant les formes légales. Cette foi est due dans les cas mêmes où il ne s'agit que d'une présomption ; telle est par exemple la présomption en vertu de laquelle telle personne doit être considérée comme décédée parce qu'elle a disparu depuis un certain temps. C'est ici que se présente la maxime : *Locus regit actum,* maxime que l'auteur estime avoir été souvent étendue au delà de ses limites naturelles et sur laquelle il avait composé précédemment une dissertation spéciale [1].

Pour faire une saine application de ces règles, il faut rechercher par quelle souveraineté chaque personne et chaque chose doivent être le plus naturellement régies.

M. Zachariæ estime que toute personne doit être soumise à la souveraineté de l'Etat où elle a son domicile, quelle que soit d'ailleurs sa résidence. C'est là un système fort répandu en Allemagne, où il peut s'appuyer sur le droit positif [2] ; on sait qu'il se complique généralement d'une grande difficulté, celle

[1] Dans Elvers, *Themis*, Band 2, seiten 95-118.

[2] Savigny, *System.* vol. VIII, p. 95.

des conditions auxquelles un étranger peut acquérir un vrai domicile.

Notre auteur ne paraît faire à cet égard aucune différence entre le national et les ressortissants d'autres Etats. Il n'est pas inutile d'ajouter qu'il reconnaît, comme M. de Savigny, que d'après le Code Napoléon l'étranger même domicilié reste soumis à la loi de sa nationalité, en ce qui concerne son état civil et sa capacité [1].

La souveraineté devant s'exercer d'une manière absolue, l'auteur en fait dériver les règles suivantes :

1° Nul ne peut ressortir à plusieurs Etats à la fois, et quand le droit positif autorise une règle contraire, il en résulte que le même individu représente plusieurs personnes et que dans chaque cas particulier il faut rechercher laquelle de ces personnes paraît prédominer ;

2° Il résulte de ce qui précède qu'en principe chacun ne doit être soumis qu'à la loi de son domicile. C'est là ce que l'auteur appelle *la sujétion personnelle* ; mais cette règle est soumise à un certain nombre d'exceptions.

Les étrangers peuvent, dans l'intérêt de la sûreté publique, être soumis aux lois et aux tribunaux du pays où ils ont une simple résidence. La juridiction de ces tribunaux est même nécessaire toutes les fois que la décision à intervenir présente de l'urgence. Il peut être équitable et juste de soumettre certaines personnes non domiciliées à tout ou partie des charges de l'Etat où elles résident ou possèdent des biens. Il faut admettre en principe que toute personne qui possède des biens dans le pays, ou veut en acquérir, est soumise, en ce qui concerne ces biens, à la loi de leur situation. Cela est tout particulièrement vrai des immeubles ; c'est ce que l'auteur appelle la *sujétion réelle de premier ordre*. Quant aux biens meubles, ils sont généralement soumis à la même souveraineté que la personne, mais en tant seulement qu'ils sont considérés dans leurs rapports avec la fortune de cette personne. Sous les autres rapports, ils sont régis par la loi de la situation. C'est ce que l'auteur appelle la *sujétion réelle de second ordre*.

L'étranger peut aussi être soumis à la souveraineté qui régit

[1] *Manuel*, introduction, § 31.

un débiteur. Il ne peut, il est vrai, acquérir des droits que dans la limite de ce que lui permet la loi qui le régit, c'est la conséquence de la sujétion personnelle; mais en deçà de cette limite c'est la souveraineté à laquelle le débiteur est soumis qui doit prévaloir : *actor sequitur forum rei*.

Nous ne pousserons pas plus loin l'examen de ce système de droit international privé; il faudrait, pour en faire une critique rigoureuse et détaillée, dépasser les limites naturellement imposées à ce travail.

Nous croyons que la grande importance accordée par l'auteur au domicile, qu'il considère comme base de la capacité civile et du droit de fortune mobilière, peut présenter de grands inconvénients, parce qu'elle fait dépendre cette capacité et ce droit de circonstances plus ou moins difficiles à apprécier, qu'elle les soumet à une fâcheuse mobilité et peut facilement favoriser des actes imaginés en fraude de la loi.

Il est vrai que ces inconvénients et ces dangers trouvent, en quelque sorte, un correctif dans ce que l'auteur appelle la *sujétion réelle de premier ordre*; mais nous ne pouvons pas nous empêcher de penser qu'il y a ici beaucoup d'exagération; nous croyons tout au moins que bien des doutes peuvent s'élever sur les principes admis à cet égard. M. Zachariæ va jusqu'à scinder les effets d'un état civil régulièrement acquis suivant la loi du domicile; si, par exemple, il s'agit d'enfants légitimés par mariage subséquent, cette légitimation restera sans effets au sujet d'immeubles situés dans un pays qui n'en admet pas le principe.

Quant à la fortune mobilière, les règles qui doivent la régir se trouvent, dans le système de l'auteur, soumises à toutes les variations et à toutes les incertitudes du domicile.

RÉFLEXIONS GÉNÉRALES SUR LA PHILOSOPHIE SOCIALE DE L'AUTEUR.

Ce dut être pour M. Zachariæ un moment bien solennel que celui où, déjà mortellement atteint par la maladie, il traça les dernières lignes de son grand ouvrage sur l'Etat, composition

gigantesque qu'il considérait comme un des principaux liens qui le retenaient à la vie [1].

Nous ne pouvons résister au désir de traduire les pages dans lesquelles, ainsi arrivé au terme de son pèlerinage, l'auteur jette un coup d'œil en arrière et résume en quelques mots les résultats de son travail. Il nous semble qu'il s'y révèle tout entier et qu'il s'y explique avec une sincérité bien remarquable.

« Nous avons vu, dit-il, tant d'horizons se dérouler sous nos regards et tant de vues se présenter à notre esprit, que nous estimons nécessaire d'en reproduire sommairement les traits principaux.

« La science de l'Etat se propose d'étudier l'humanité considérée soit en elle-même, soit dans ses rapports avec le monde extérieur. Si nous nous demandons quelle est l'origine du genre humain, nous sommes bien forcés de reconnaître que son histoire n'a pas de commencement, à moins que nous n'acceptions comme tel des mythes et des traditions. Il n'y en a pas moins là de nombreuses questions à résoudre. L'homme est-il né quelque part de l'action combinée de forces naturelles plus puissantes que celles qui existent de nos jours? Descend-il d'un couple unique, ou, comme les animaux et les plantes, est-il né simultanément ou à diverses époques en différents lieux de la terre? N'est-il, tel qu'il existe actuellement, qu'un débris de races antérieures ainsi que bien des documents semblent l'attester? Quel but tend-il à atteindre? Y parviendra-t-il jamais ?

« Si nous voulons répondre avec loyauté et impartialité, nous devons avouer que nous n'en savons rien. L'histoire de l'humanité ne peut s'appuyer que sur celle des nations, et nous trouvons partout celles-ci mutilées et mélangées. Peut-être la nature s'est-elle proposé, en agissant de la sorte, de les appeler à se communiquer leurs avantages respectifs et de les rendre susceptibles d'une civilisation commune, malgré les diversités qui les caractérisent et dans lesquelles elle se complaît? Ce n'est pas par centaines d'années, mais bien par milliers qu'il faut compter quand il s'agit de l'histoire de l'humanité.

« C'est en vain qu'on s'adresserait à la philosophie pour obtenir une réponse à ces questions. La philosophie n'est qu'une

[1] *Nachlass*, p. 59.

œuvre humaine, et rien ne nous garantit que les habitants de quelque autre planète ne conçoivent pas l'univers d'une manière bien différente que nous ne le faisons...

« La philosophie ne peut être que l'analyse des facultés intellectuelles de l'homme; elle dégénère en rêve, ou se transforme en poésie, quand elle s'écarte de ses limites; et ce n'est point à une pareille analyse que l'on peut réclamer la solution de l'énigme qui nous est proposée.

« Les exigences de la vie pratique ne nous en imposent pas moins l'obligation de savoir quel doit être le principe dirigeant de l'activité humaine. Mais cette question ne peut se résoudre que d'une manière purement relative : il faut rechercher ce qu'il y a de plus conforme à la nature des choses, de plus avantageux, de plus prudent.

« Deux alternatives se présentent à cet égard L'homme peut n'apparaître que comme un animal d'une espèce particulière. Il est vrai qu'on se sent porté à lui attribuer une nature supérieure quand on considère les miracles que l'idée de la Divinité peut produire en lui; mais tous les hommes ont-ils bien eu la connaissance ou même seulement le pressentiment de cette idée? Ne pourrait-on pas d'ailleurs la considérer comme le suprême degré de la perfection animale se réalisant dans l'humanité? Cette manière de concevoir la nature humaine peut bien certainement s'appuyer sur des considérations qui ne manquent pas de gravité : l'humanité se divise, comme le règne animal, en différentes espèces et variétés, soit en races et nations. Les races inférieures se distinguent à peine des animaux; c'est ainsi qu'on a découvert dans les Indes orientales une peuplade qui habite sur des arbres comme dans des nids. On trouve ensuite une série de degrés s'élevant à une civilisation de plus en plus avancée. Comme les animaux, les hommes se tuent réciproquement. Les naissances monstrueuses, les passions violentes, les perturbations de l'intelligence et tant d'existences presque aussitôt terminées que commencées viennent compléter la ressemblance. Les hommes sont exposés aux mêmes accidents que les animaux. S'ils avaient une destination plus élevée, verrait-on le même tremblement de terre ou la même maladie les enlever par milliers et les confondre dans un même désastre? Ne suffit-il pas d'ailleurs, pour écarter toute autre idée qu'on pourrait

se former de l'humanité, d'observer la marche lentement progressive qui est suivie par elle dans son ensemble ou par les nations individuellement?

« On peut admettre, au contraire, que l'homme diffère de l'animal par le genre et non pas seulement par l'espèce. Il est un être libre et moral. Bien que soumis à des lois naturelles et à des destinées qui régissent aussi les êtres inférieurs, il n'en appartient pas moins à un monde qui s'élève au-dessus de la vie des sens. Les lois de la nature agissent, il est vrai, sur son existence, mais elles lui laissent la liberté de ses actions. Cette manière de concevoir l'humanité peut, aussi bien que l'autre, s'appuyer sur de graves considérations et sur des autorités respectables. Comment expliquer autrement les remords de la conscience et l'idée si générale d'une Divinité? Et, ce qui est peut-être l'argument le plus puissant, ou tout au moins le plus facile à comprendre, comment pourrait-on expliquer autrement que les hommes les plus grands et les meilleurs de tous les temps et de tous les peuples ont cru avec une si inébranlable fermeté à l'immortalité de l'âme, qu'ils ont même sacrifié leur vie pour la défense de ce dogme?

« Ces deux manières de considérer l'humanité diffèrent autant par les conséquences auxquelles elles conduisent que par le point de départ adopté par chacune d'elles.

« D'après la première, les devoirs de l'homme ne sont que des maximes de prudence; ils sont, par conséquent, soumis aux mêmes exceptions que ces dernières. D'après la seconde, ces devoirs reposent, au contraire, sur des principes invariables. D'après la première, chaque nation doit différer des autres par sa foi, par sa culture, par sa civilisation. D'après la seconde, il existe un idéal de perfection dont toutes les natures doivent se rapprocher avec le temps; mais ce but est placé à une distance immense, le témoignage de l'histoire fait même douter qu'il puisse être jamais atteint. D'après la première, l'Etat n'est qu'une affaire d'instinct ou un produit d'art. D'après la seconde, il est un édifice qui, dans sa partie supérieure tout au moins, doit être conforme à un plan généralement acceptable.

« L'histoire même des Etats doit être exposée d'une manière différente, suivant qu'on la considère à l'un ou à l'autre de ces

deux points de vue ; elle prouve, dans tous les cas, l'existence de ces deux conceptions différentes.

« On a vu de tout temps et partout les peuples adopter exclusivement l'un ou l'autre de ces systèmes ou s'efforcer de les combiner. C'est dans cette différence de conceptions qu'il faut chercher l'origine de la lutte qui influe si puissamment sur les progrès des nations vers la culture et la civilisation. Cela est vrai, quelque différentes que soient les formes revêtues par cette lutte : j'en appelle aux événements dans lesquels elle s'est le plus clairement manifestée, par exemple aux combats qui s'élevèrent entre le christianisme et le paganisme, entre le monde romain et le monde germanique, entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, entre le protestantisme et le catholicisme, et, de nos jours, entre les principes de la révolution française et ceux de l'ancien régime. C'est à la même cause qu'il faut attribuer l'état intermédiaire dans lequel les peuples se sont trouvés dans presque toutes les périodes de l'histoire ; car, si l'on fait abstraction de quelques époques d'un état maladif et passager, ils n'ont point eu à subir l'extrême despotisme ; ils ne se sont, d'autre part, jamais élevés aux degrés extrêmes de la liberté.

« L'homme est libre de choisir l'un ou l'autre de ces deux systèmes et comme chacun d'eux émane d'une conception générale de la nature et de la destination de l'homme, on ne peut fournir la preuve ni de l'un ni de l'autre. Le choix qu'il faut faire entre les deux est peut-être l'acte le plus élevé de la souveraineté humaine. En admettant que l'un de ces systèmes s'appuie sur l'expérience et que l'autre dérive, en partie tout au moins, des forces créatrices de l'imagination, celle-ci n'est-elle pas la plus noble des facultés de l'esprit humain ?

« Pour cette décision, qui ne peut émaner que de la conscience et de la pensée, l'homme doit se placer aussi haut qu'il lui est possible de le faire.

« L'histoire de l'Etat peut être traitée de deux manières différentes.

« On peut ramener les événements à des causes générales, ou les faire dériver du caractère et de la manière de penser des personnes qui y jouent un rôle. Les meilleurs historiens de la Grèce et de Rome ont toujours suivi la première de ces mé-

thodes. Jusqu'à ces derniers temps, c'est la seconde que les historiens modernes ont adoptée, sauf quelques exceptions, au nombre desquelles il faut compter Machiavel. La première repose sur l'idée d'une immuable destinée dérivant des lois éternelles de la nature et dominant le genre humain comme le règne animal; la seconde admet la liberté de la volonté humaine.

« La première ne recherche dans les événements que des variations d'un seul et même mouvement; la seconde s'attache à faire ressortir les manifestations individuelles qui se produisent dans ce mouvement, ou, tout au moins, si elle reconnaît les liens d'unité qui existent entre ces diverses manifestations, c'est dans l'action des individus qu'elle en recherche les causes.

« Si l'on suit la seconde de ces méthodes, on voit régner dans l'histoire la vie et la variété; on y voit agir un esprit qui, vraiment humain, attire et captive l'homme par des liens auxquels sa nature donne une grande force. Si l'on suit la première, on voit les événements se succéder comme les mouvements d'une machine : spectacle effrayant qui peut paraître ne pas présenter d'autre alternative que de tout ramener aux lois de la matière. Qu'arriverait-il cependant si l'homme venait à découvrir les sources de la vie, s'il trouvait le moyen d'animer artificiellement cette matière ?

« On ne doit répudier ni l'une ni l'autre de ces deux méthodes, destinées très-probablement à diviser constamment l'humanité en deux camps. Celui qui a le courage de rechercher les principes supérieurs de tous les phénomènes ne doit pas se laisser effrayer par les résultats auxquels ses recherches peuvent le conduire, quels qu'ils puissent être. Les simples croyances sont d'ailleurs autre chose que la conviction qui détermine l'activité de l'homme. La vérité ne se trouve que dans la foi. »

Ces dernières paroles peuvent certainement paraître plus ou moins énigmatiques. Nous croyons qu'il faut les interpréter dans le sens de la philosophie kantienne et admettre qu'elles signifient que les convictions et les aspirations de la raison pratique doivent dominer les doutes de la raison pure.

Cette idée, déjà exprimée par M. Zachariæ dans ses mémoires, nous paraît ressortir bien clairement de l'ensemble de ses conclusions définitives.

L'extrait succinct que nous avons donné du grand ouvrage sur l'Etat doit suffire, nous l'espérons, pour fournir une idée assez complète de la philosophie sociale professée par notre auteur. Nous devons ajouter qu'il se rencontre d'assez grandes inégalités dans cette œuvre remarquable. L'esprit aventureux et mobile de M. Zachariæ avait besoin d'être, en quelque sorte, dominé par son sujet; trop abandonné à lui-même, il se laissait facilement aller au découragement ou à des excentricités prétentieuses. Nous citerons, comme contenant un assez grand nombre de ces dernières, le second volume, auquel l'auteur accordait une grande importance et dans lequel il faisait l'étude des sciences naturelles dans leurs rapports avec le développement de la civilisation [1]. On y trouve un certain nombre de comparaisons forcées, par exemple celles de la société humaine avec le système de l'univers, du prince avec le soleil, des divers ordres de l'Etat avec les planètes; il y est question d'une force centrifuge et d'une force centripète agissant sur chaque individu, d'une chimie politique combinant les différentes affinités qui se trouvent dans le peuple. On y lit, à la fin d'une longue dissertation sur l'influence du climat, cette phrase qui a plus de prétention que de sens : « L'homme étant un intermédiaire entre l'ange et l'animal, il faut peut-être admettre que le climat qui est intermédiaire entre les extrêmes est celui qui lui convient le mieux.» On ne peut s'empêcher de trouver que l'esprit satirique de l'auteur lui fait oublier quelque peu la gravité du sujet, quand il dit : « Causer est un excellent exercice ; c'est pourquoi les maîtres d'école, les professeurs, les prédicateurs et les femmes atteignent généralement un âge avancé. »

Ce sont là des bizarreries que nous ne devions pas dissimuler, parce qu'elles tendent à donner une idée plus exacte du genre d'esprit qui caractérisait M. Zachariæ, et qu'elles feront d'ailleurs ressortir davantage la remarquable sobriété que nous trouverons en lui dès qu'il se sera soumis à la discipline sévère de l'interprétation.

Ce n'est pas, cependant, sans éprouver un sentiment pénible qu'on lit les paroles austères, mais froides, décolorées, obscures et tristement résignées, par lesquelles notre auteur termine le

[1] Vol. I, p. 182.

grand ouvrage avec lequel son existence s'était identifiée. On ne peut s'empêcher de les comparer aux pages éloquentes que le même ordre de pensées, la même lutte contre le scepticisme avaient inspirées à l'âme ardente et passionnée de Fichte dans son admirable ouvrage sur la destination de l'homme. On aime à voir cet autre disciple de Kant se débattre dans les liens du doute; on l'entend avec une profonde émotion pousser des cris d'enthousiasme, quand, porté sur l'aile des sentiments moraux dont son cœur déborde, il s'élève au-dessus de la sombre atmosphère d'une métaphysique délétère et salue avec bonheur les nouveaux cieux qu'il voit se dérouler devant lui tout resplendissants d'espérance et de foi.

Le lecteur comprend maintenant quelle était notre pensée quand nous disions, dans la notice biographique, que la vie du cœur avait trop fait défaut chez notre auteur. M. Zachariæ se laissa trop entraîner par les tendances d'une philosophie sceptique et raisonneuse; il n'y avait pas en lui de puissance interne suffisante pour lutter avec avantage contre une telle influence. Ce fut en vain que sa vaste intelligence fit briller à ses yeux toutes les splendeurs de l'histoire et de la nature; ce magnifique spectacle devait le laisser froid, parce que ce pouvait n'être pour lui qu'une vaine illusion, qu'une énigme dont le mot suprême lui échappait ou ne s'adressait que vaguement à son esprit sans pénétrer plus avant.

Ce fut là, bien certainement, le défaut capital de son œuvre philosophique et la source des inégalités qu'on y remarque. N'exagérons rien cependant, et reconnaissons que c'est principalement comme œuvre d'art que cette vaste composition a souffert des infirmités signalées : elle n'en conserve pas moins, quant au fond, le mérite d'une grande érudition fort habilement coordonnée. Si l'on ne se réchauffe pas en parcourant ces pages, on peut certainement y puiser beaucoup d'instruction : on y voit surgir de nombreux problèmes qui forcent à réfléchir, et bien souvent on est saisi malgré soi par la grandeur des horizons qui se déroulent subitement au regard. Ce n'est pas d'ailleurs un spectacle sans grandeur et sans enseignement qu'un tel naufrage éprouvé par une telle personnalité. Il ne faut pas croire qu'une pareille absorption de l'existence par les froides et raisonneuses facultés de l'esprit ait pu s'opérer sans

souffrances; nous pensons que c'est là qu'il faut chercher la cause de bien des bizarreries et de bien des boutades humoristiques si fréquentes dans les œuvres philosophiques et historiques de notre auteur.

Nous nous rappelons encore la profonde tristesse dont sa physionomie nous paraissait empreinte un jour qu'il répétait dans une leçon ces paroles banales, mais toujours vraies : Heureux ceux qui croient à l'immortalité de l'âme et à une existence supérieure! Nous croyons pouvoir terminer cette partie de notre travail en répétant à notre tour : Heureuses les générations qui ont vécu dans des siècles de foi!

Cette souffrance morale dont nous avons cru trouver la trace dans celle des œuvres de M. Zachariæ où sa vie intime paraît s'être le plus complétement révélée ne détruit en rien le sentiment de respect que sa mémoire inspire. Nous croyons, bien au contraire, qu'elle peut expliquer bien des choses qui n'ont pas toujours été appréciées d'une manière suffisamment impartiale; et, malgré le malheur qu'elle eut de se produire dans une atmosphère de doute contre laquelle elle ne réagit pas assez puissamment, cette existence austère, tout entière consacrée au culte de la pensée, captive notre estime et notre admiration.

Nous nous rappellerons toute notre vie cette grande et mystérieuse figure que nous avons si souvent rencontrée dans ses promenades solitaires, et qui nous semblait à peine vivre de la vie des humains, tant elle était absorbée dans ses méditations.

Ch. Brocher,
Docteur et professeur de droit civil,
Membre de la Cour de cassation du canton de Genève.

BIBLIOGRAPHIE.

Liber diurnus ou *Recueil des formules usitées par la chancellerie pontificale du cinquième au onzième siècle*, publié d'après le manuscrit des archives du Vatican, avec les notes et dissertations du P. Garnier et le Commentaire inédit de Baluze, par Eugène DE ROZIÈRE, inspecteur des Archives. Paris, Durand et Ernest Thorin, 1869; grand in-8°. Prix : 20 francs.

M. de Rozière est déjà connu dans le monde savant par plusieurs publications importantes. On lui doit notamment un Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du cinquième au dixième siècle (Paris, 1860-1862, 1 vol. gr. in-8°). Nous en avons rendu compte dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1862, t. VIII, p. 126 et 740.

Aujourd'hui M. de Rozière met au jour un nouvel ouvrage non moins digne de fixer l'attention : c'est le *Liber diurnus romanorum pontificum*, dont une nouvelle édition était depuis longtemps désirée.

Cette publication est dédiée à M. Edouard Laboulaye, membre de l'Institut, professeur de législation comparée au Collége de France.

« C'est vous, dit l'auteur, qui avez appelé l'attention de l'Académie des inscriptions sur le *Liber diurnus;* c'est vous qui m'avez conseillé d'entreprendre une édition critique de ce précieux Formulaire. Permettez-moi donc de placer cette édition sous votre patronage, et veuillez en agréer la dédicace comme un témoignage de ma reconnaissance et de ma constante amitié. »

Le texte est précédé d'une introduction de CCXXXVI pages qui, a elle seule, constituerait un ouvrage curieux.

M. de Rozière signale d'abord le caractère du *Liber diurnus*, antique Formulaire qui, du cinquième au dixième siècle, fut employé par la chancellerie de la cour de Rome. Ce n'est point un traité de dogme ou de théologie, encore moins une œuvre de controverse : c'est un livre de pratique, un manuel de chancellerie comme ceux de Marculfe ou de Cassiodore. Si des circonstances passagères en ont fait un instrument de polémique,

sa nature propre ne permet d'y voir qu'un monument d'archéologie écrite. Mais à ce point de vue c'est un des textes les plus importants que le moyen âge nous ait transmis. Il offre un répertoire complet de diplomatie pontificale ; il abonde en détails curieux sur l'état intérieur de l'église romaine, sur sa discipline, ses usages et l'administration de ses biens ; il est riche en renseignements sur l'organisation politique, civile et militaire de l'Italie aux derniers temps de la domination byzantine ; il éclaire à la fois les points les plus obscurs de l'histoire civile et les côtés les moins connus de l'antiquité ecclésiastique.

Cette introduction comprend quatre chapitres, dont nous croyons devoir donner un rapide aperçu.

Chapitre I. *Origine et caractère du* Liber diurnus ; *son unité ; son authenticité ; époque présumée de sa rédaction ; durée de son influence.* — Le souverain pontife, dit l'auteur, réunit en sa personne plusieurs dignités, à chacune desquelles correspond un ordre particulier de prérogatives et de fonctions. Il est à la fois chef suprême du monde catholique, patriarche des églises d'Occident, métropolitain d'une portion de l'Italie, évêque de la ville de Rome. Comme pontife suprême, comme patriarche, comme métropolitain, il entretient des relations avec les souverains, réunit et préside des conciles, promulgue leurs décrets, décide les questions de foi, règle la discipline, accorde des priviléges et des dispenses. Comme évêque de Rome, il accomplit dans son diocèse les fonctions sacerdotales et administre les biens qui forment les patrimoines de son église.

Le *Liber diurnus* contient les formules relatives aux actes passés en ces diverses qualités. A la différence de l'*Ordo romanus*, spécialement consacré à la liturgie, aux fonctions sacerdotales, aux rites et aux cérémonies des offices divins, il a pour objet les actes administratifs. Le pape, assisté des scribes de la chancellerie, y écrit aux empereurs, aux grands de la cour, aux patriarches et aux évêques ; il dicte les professions de foi qu'il doit émettre en prenant possession de sa chaire ; il institue des évêques et leur trace leurs devoirs, pourvoit aux siéges vacants, prend soin des églises abandonnées ; il envoie le *pallium* à ceux qu'il veut honorer d'une façon particulière ; il autorise la fondation d'oratoires privés et de baptistères ; distribue des

reliques, veille à la conservation du droit des paroisses; il nomme les administrateurs des biens ecclésiastiques, les accrédite auprès des magistrats, contrôle les actes de leur gestion, reçoit et règle leurs comptes; enfin il confirme l'existence et les possessions des monastères, des hospices ou des diaconies, leur donne des supérieurs et les exempte de la juridiction de l'Ordinaire.

Cet ensemble de formules compose un recueil distinct et constitue le Formulaire officiel de la cour de Rome.

Ce caractère d'unité, qu'on ne peut raisonnablement révoquer en doute, a pourtant été méconnu. Ici M. de Rozière réfute le P. Marchesi qui, dans son *Clypeus fortium*, conteste à la fois l'unité et l'authenticité de ce Recueil. Sans doute on ne sait rien du praticien qui a rédigé le *Diurnus*, et cependant on peut affirmer sans hésitation qu'il appartenait à la chancellerie pontificale. Nul scribe étranger n'aurait eu à sa disposition une aussi grande variété de lettres et de priviléges; nul n'aurait connu avec autant d'exactitude les prérogatives de l'Eglise romaine; nul n'aurait parlé avec autant de sûreté la langue du droit ecclésiastique; nul n'aurait reproduit avec autant de précision les définitions dogmatiques du concile et la règle de la discipline canonique. Le titre même qu'il a donné à son livre est une preuve de son caractère officiel.

Après les questions qui ont trait à l'unité et à l'authenticité du *Liber diurnus* s'en présente une autre non moins grave : c'est celle qui a pour but de préciser la date de sa rédaction. Des recherches auxquelles s'est livré M. de Rozière, des inductions qu'il présente, il résulte qu'on doit la fixer entre l'année 681, époque de la clôture du sixième concile général, et l'année 751, époque de la chute de l'exarchat de Ravenne, dont le territoire fut alors envahi par les Lombards.

Quelle que soit au surplus la date qu'on assigne au *Liber diurnus*, soit qu'avec Baronius on la reporte avant 684, soit qu'on la fasse descendre au neuvième siècle avec le P. Zachariæ, soit qu'on la fixe à l'année 715 avec le P. Garnier, ou à l'an 731 avec le P. Papebroch, on tomberait dans une grave erreur en prétendant assigner une seule et même date à toutes les formules dont se compose ce recueil. Le compilateur qui les a réunies puisait à des sources d'époques différentes. Ses successeurs

ont remanié certaines parties de son œuvre ; ce serait donc manquer d'exactitude que de vouloir déterminer l'âge de la collection tout entière par celui des parties qu'elle comprend. Ce qui d'ailleurs importe le plus, c'est moins de déterminer le moment où les formules ont été réunies en corps que de constater la durée de leur influence sur la rédaction des actes.

Les premières formules employées par la cour de Rome remontent à une époque fort ancienne. Déjà le pape saint Jules, élu en 337, ordonne à tous les clercs de faire dresser leurs contrats de ventes, de donations, d'échanges, d'affranchissements par les scribes de la chancellerie. Ce doit être aussi du même temps que date l'introduction d'un style régulier dans les actes du souverain pontife. A en juger par la teneur des pièces émanées du pape Grégoire I^er^, mort en 604, c'est surtout à partir du règne de ce grand pontife que la similitude devient frappante entre les titres de la chancellerie romaine et les formules de notre Recueil. Mais peu à peu les rôles s'intervertissent : ce ne sont plus les écrits des pontifes qui servent de modèles aux formules, ce sont les formules qui fournissent des types aux rédacteurs des lettres pontificales.

A partir de l'avénement du célèbre Grégoire VII, en 1073, une grande révolution s'accomplit : la papauté devient prédominante. L'Eglise romaine n'a plus à combattre pour son indépendance ; elle règne en souveraine sur la société religieuse et aspire au gouvernement du monde. De nouvelles circonstances, un nouveau droit, une nouvelle discipline, devaient nécessairement enfanter un nouveau style et de nouveaux usages. Le *Liber diurnus* tomba en désuétude ; plusieurs de ces formules étaient depuis longtemps hors d'usage ; le reste vieillit et se transforma peu à peu ; il cessa d'être dans son ensemble le manuel de la chancellerie, mais il resta et restera toujours le témoin le plus authentique et le plus fidèle de la pratique romaine pendant les six siècles qui séparent le pontificat de Gélase de celui de Grégoire VII.

Chapitre II. *Histoire du* Liber diurnus *depuis le onzième siècle jusqu'à nos jours.* — Que le *Liber diurnus* ait été en usage à Rome jusque vers le onzième siècle, c'est ce qu'on ne peut

révoquer en doute ; mais il est impossible de fixer le moment où il a disparu.

Toutefois les canonistes des onzième et douzième siècles continuent à le ranger parmi les sources du droit pontifical. Tels sont, notamment, Ives de Chartres, le cardinal Deusdedit, Anselme de Lucques et Gratien, le célèbre auteur du décret. Ces auteurs en contiennent même des citations textuelles.

L'examen des passages qu'ils reproduisent permet d'indiquer les formules qui ont été les dernières à disparaître. Dans ce nombre figure, sous le numéro LXXXII, celle qui traite de l'élection du souverain pontife. Elle avait repris au onzième siècle un véritable caractère d'opportunité. Comme elle place cette élection entre les mains du peuple et du clergé, elle paraissait aux contemporains de Grégoire VII la meilleure protestation qu'ils pussent opposer aux prétentions des empereurs d'Allemagne. Quant à la formule LXXXIII, qui contient la profession de foi du pontife nouvellement élu, c'est évidemment celle qui s'est perpétuée le plus longtemps, et on a la preuve qu'elle a survécu de plusieurs siècles à l'ensemble du Recueil. Elle a joui d'une longévité vraiment exceptionnelle.

Quoi qu'il en soit, au dix-septième siècle le vieux Formulaire était tombé dans un profond oubli quand Luc Holstein découvrit à Rome, vers 1644, un des rares manuscrits qui s'en était conservé. Ce manuscrit appartenait aux Cisterciens de Sainte-Croix de Jérusalem. Holstein, frappé de son importance, se proposa bientôt de le publier ; mais diverses conjonctures en retardèrent l'impression. Ici M. de Rozière retrace successivement dans quelles circonstances l'édition de Luc Holstein fut mise sous presse. et comment elle fut longtemps retenue captive au Vatican par suite du refus d'autorisation qui lui fut opposé. L'auteur rappelle à ce sujet l'insulte faite à Rome par la garde corse au duc de Créqui, ambassadeur de France ; la réparation éclatante exigée du pape par Louis XIV, et à cette occasion le réveil d'anciennes controverses concernant l'indépendance des rois vis-à-vis du pouvoir spirituel, l'infaillibilité du souverain pontife, l'anathème infligé à la mémoire du pape Honorius Ier en 681, la supériorité du concile général et les censures formulées par la Faculté de théologie et par le Parlement.

Cette lutte de théologiens et de magistrats ne tarda pas à se

compliquer d'une question fiscale qui se liait étroitement aux questions de principe. Elle avait trait au droit de régale dont le roi jouissait depuis très-longtemps, et qui consistait à percevoir les revenus et à nommer aux bénéfices des évêchés vacants jusqu'à ce que les nouveaux titulaires eussent fait enregistrer à la cour des comptes leur serment de fidélité.

Ce fut au milieu de cette agitation, à la veille de la grande et solennelle déclaration de 1682, que parut à Paris une nouvelle édition du *Liber diurnus*. Cette édition, publiée à la fin de 1679 ou au commencement de 1680, comprenait le texte entier du Formulaire enrichi de notes critiques et de dissertations sur divers points d'histoire ou de discipline ecclésiastique. Elle avait pour auteur un jésuite, le P. Garnier, connu par de savantes recherches sur l'histoire du nestorianisme. Dans les notes et les dissertations qui accompagnèrent cette publication remarquable, le P. Garnier montra une extrême réserve qui allait même jusqu'à l'affectation. Mais toutes les précautions dont il s'entoura furent inutiles. Le Saint-Siége ne pouvait voir avec indifférence la réapparition d'un livre qu'il avait interdit quelques années auparavant, et les allures indépendantes du commentaire n'étaient pas faites pour diminuer son déplaisir. Garnier fut mandé à Rome. Il partit et mourut en route à Boulogne, le 26 octobre 1681. Mais sa mort ne suffit pas pour apaiser l'irritation. La mise à l'index de l'ouvrage fut demandée ; il n'est pas prouvé toutefois qu'elle ait été prononcée.

La réprobation dont le *Liber diurnus* était frappé ne pouvait détruire l'intérêt que son contenu offrait à la science. Le P. Papebroch lui emprunta plusieurs formules. Le P. Mabillon alla plus loin et recueillit de nouveaux documents qu'il publia dans le tome I^er^ de son *Museum italicum*, sous le titre de : *Libri diurni romanorum pontificum supplementum*. Plus tard, Godefroy Hoffmann reproduisit l'édition du P. Garnier dans sa collection de pièces inédites ou rarissimes. En 1762 le professeur Riegger de son côté en fit paraître à Vienne une nouvelle édition qui n'eut aucun succès.

Une nouvelle édition promise en dernier lieu par un savant jésuite, le P. Zaccharіæ, aurait éclipsé les précédentes. Déjà son travail, fruit de longues études, était prêt lorsque des circonstances qu'il n'a pas fait connaître le décidèrent à en sus-

pendre l'impression et à publier seulement la *Dissertation préliminaire*. Celle-ci parut en 1781 dans le tome III de la *Bibliotheca ritualis*. On n'avait encore rien écrit d'aussi complet sur l'histoire du *Liber diurnus*. La position de l'auteur, son séjour à Rome, ses relations avec les cardinaux et les prélats, notamment avec le préfet des archives du Vatican, lui avaient permis de recueillir une foule de renseignements ignorés de ses devanciers.

Depuis la publication de cette savante dissertation, le *Liber diurnus* n'a été l'objet d'aucune étude particulière ; à peine le trouve-t-on cité dans quelques ouvrages du droit ecclésiastique. Parmi les écrivains modernes M. Giraud est le seul qui se soit souvenu de son importance. Il appartenait à l'Académie des inscriptions, qui a compté plusieurs canonistes dans son sein, de ranimer également l'étude des anciennes institutions religieuses. Fidèle à ses traditions, elle invita MM. Daremberg et Renan, chargés par le ministre de l'instruction publique d'une mission littéraire en Italie, à faire sur le manuscrit de Sainte-Croix une nouvelle collation du *Liber diurnus*, dont M. de Rozière a tiré profit.

Chapitre III. *Cause de la suppression du* Liber diurnus. — Après avoir parlé des ombrages suscités par le *Liber diurnus* et de la suppression de l'édition d'Holstein, l'auteur arrive à en rechercher la cause.

On a attribué la censure romaine à l'importunité de certains souvenirs conservés par le vieux Formulaire, tels que la subordination du Saint-Siége au pouvoir impérial et le mode d'élection des souverains pontifes; mais en réalité cette raison n'a exercé aucune influence.

Pour mieux élucider cette partie de son sujet, M. de Rozière résume d'abord l'histoire des rapports de l'Eglise avec l'Etat. Pendant les trois premiers siècles, la société chrétienne demeura séparée de la société civile et forma un monde à part.

Il en est autrement à partir de 312, époque où le christianisme est officiellement reconnu par le chef de l'Etat. L'énergie et la vitalité de l'élément chrétien, la diffusion du nouveau culte, l'épuisement du polythéisme sont les principales causes de cette grande mesure prise par Constantin.

Mais en comblant de faveurs la religion qu'il adopte, l'empereur n'entend pas la laisser en dehors de sa surveillance et de son action. Comme grand pontife il était chef du culte païen. A l'égard de la nouvelle croyance il est naturellement amené à exercer une suprématie analogue.

Il intervient en conséquence dans les affaires religieuses et dans les dissensions qui déjà se manifestaient parmi les chrétiens, notamment dans l'Eglise d'Afrique. Il s'érige en juge d'appel au-dessus d'un concile et ajoute des châtiments civils aux peines spirituelles prononcées par les évêques. Quelques années plus tard, l'hérésie d'Arius lui fournit l'occasion de déployer de nouveau sa suprématie au concile de Nicée, tenu en 325.

Constance, de 337 à 361, suit les mêmes errements avec moins de modération et de bonne foi. Intolérant à l'égard du paganisme, il ne garde envers l'Eglise aucun ménagement et se livre aux plus déplorables violences.

Après les règnes éphémères de Julien et de Jovien, Valens renouvelle en Orient les excès dont Constance avait donné l'exemple. En Occident, Valentinien témoigne d'abord l'intention de rester étranger au gouvernement de l'Eglise ; mais plus d'une fois ensuite il manque à cette réserve. Il exile l'antipape Ursin et promulgue plus tard des édits contre les hérétiques.

Gratien et Théodose travaillent ouvertement à l'abolition du paganisme et à la destruction des hérésies. Sous les peines les plus graves il est ordonné à tous les sujets de l'empire de professer la religion catholique. Les temples sont démolis, les églises que possédaient les dissidents leur sont enlevées.

Cette situation exclusive était conforme aux vœux de l'Eglise. Elle recevait avec gratitude l'appui que lui prêtait le gouvernement impérial. Sa joie s'était manifestée surtout lors de son triomphe sous Constantin. Mais cette vive satisfaction devait être bientôt et plus d'une fois troublée.

Les excès qui, sous Constance, vinrent briser l'intimité de l'empire et de l'Eglise soulevèrent d'énergiques protestations contre l'invasion du pouvoir civil dans le domaine spirituel. C'est surtout en effet quand l'Eglise redoutait une persécution qu'elle revendiquait son indépendance. Lorsqu'elle jouissait des

faveurs du souverain elle se pliait sans peine à son autorité et se glorifiait de son patronage.

Du reste, quand toutes les forces sociales d'un aussi vaste empire composé de tant d'éléments divers se concentraient entre les mains du chef de l'Etat, l'Eglise faisait un acte politique en s'efforçant d'identifier le nom de *chrétien* avec celui de *romain*.

Il y avait d'ailleurs entre l'empire et l'Eglise une affinité naturelle qui devait resserrer leur union. Leur constitution reposait également sur le double principe de l'unité et de l'autorité. Pour l'Etat l'Eglise n'était point un ennemi, mais un auxiliaire utile qui faisait pénétrer au cœur des institutions romaines l'esprit généreux dont elle était animée, et exerçait sur elles la plus heureuse influence.

Toutefois, le caractère particulier des églises d'Occident et d'Orient modifiait diversement les rapports de la société chrétienne avec le pouvoir séculier. En Occident, l'Eglise montrait une foi simple, une activité pratique, un sage esprit de discipline et de gouvernement. Ses plus illustres prélats participaient aux affaires de l'Etat, et dans leur pensée le salut du monde reposait sur l'étroite union du sacerdoce et de l'empire. Quant à l'Eglise d'Orient, dominée par le tour poétique et subtil du génie grec, elle s'était de bonne heure égarée loin des voies droites et sévères de la tradition évangélique. Elle aurait pu cependant se relever de son abaissement par une étroite union avec l'Occident; mais une sorte d'aversion instinctive l'avait toujours éloignée des Latins. La séparation des deux empires ne fit qu'augmenter la mésintelligence et river davantage les chaînes des Orientaux. Les empereurs de Constantinople, débarrassés de la suprématie romaine, devinrent les véritables chefs de la religion chrétienne en Orient. Le schisme avait achevé l'œuvre de la servilité.

Au cinquième siècle, les victoires de Narsès sur les Goths replacèrent une grande partie de l'Italie sous le joug des Byzantins. Par suite, les affaires religieuses y furent, comme en Asie, traitées avec un despotisme ombrageux et hautain. Les formules obséquieuses que contient le *Liber diurnus* portent la trace de cette oppression qui se reconnaît dans le langage du clergé de Rome écrivant au représentant de l'autorité impériale, à l'exarque de Ravenne. Mais les preuves de l'asservissement de

l'Eglise romaine sous la domination des empereurs grecs résultent tellement des témoignages unanimes de l'histoire, qu'on ne peut croire que la suppression du *Liber diurnus* par la cour de Rome au dix-huitième siècle ait eu pour cause le désir d'effacer le caractère d'événements reconnus si constants.

On connaît du reste aujourd'hui la véritable cause de cette suppression. L'anathème prononcé contre le pape Honorius par le sixième concile œcuménique, dans sa session de 681, fournissait aux partisans de Luther et de Calvin un puissant argument contre la doctrine de l'infaillibilité du pape, et, comme l'ancien Formulaire de l'Eglise rappelle explicitement cette condamnation, la cour de Rome jugea prudent d'en arrêter la publication.

Afin de mettre davantage en relief l'importance de cette suppression, M. de Rozière croit devoir retracer sommairement dans quelles circonstances et pour quelles causes le pape Honorius avait été condamné [1].

Dans de curieuses pages d'histoire notre savant éditeur esquisse à grands traits ce qu'ont été les hérésies d'Arius, de Nestorien et d'Eutychès.

En vain étaient intervenues les décisions des conciles de Nicée, d'Ephèse et de Chalcédoine, la raison humaine continuait à s'agiter pour pénétrer le double mystère de l'Incarnation et de la Trinité.

Le concile de Chalcédoine avait reconnu en Jésus-Christ l'existence de deux natures unies dans une seule personne. Mais

[1] Quand le pape Honorius fut élu en 626, l'Eglise était divisée par l'hérésie des monothélites dont Sergius, patriarche de Constantinople, était le principal auteur. Il prétendait qu'on ne devait reconnaître dans Jésus-Christ qu'une seule opération et qu'une seule volonté produite par l'action divine ; ce qui était refuser au Christ tous les attributs de l'humanité et le dépouiller de la nature humaine. Dans l'intention plausible de rétablir dans l'Eglise la paix troublée par les monothélites, le pape Honorius avait eu la faiblesse d'user de ménagement pour leurs erreurs.

Dans sa troisième session, tenue en 681, le concile général de Constantinople frappa solennellement d'anathème le pontife Honorius quarante-trois ans après sa mort. — Voir Natalis Alexander, *Historia ecclesiastica*, Paris, 1714, t. V, p. 602 et suiv.; Fleury, *Histoire ecclésiastique*, liv. XL, chap. XXII et XXVII ; Alzog; *Histoire universelle de l'Eglise*, Paris, Lecoffre. 1849, t. I, p. 439, à la note ; Rohrbacher, *Histoire universelle de l'Eglise catholique*, etc.

il n'avait rien dit de leur mode d'opération : devait-on en conclure que tous les actes émanés de l'Homme-Dieu étaient produits par la seule opération divine? Cette opinion, imaginée par Théodore, évêque de Pharan, avait été ardemment adoptée par Sergius, patriarche de Constantinople, et par Cyrus, patriarche d'Alexandrie. Leurs sectateurs reçurent le nom de *monothélites*, c'est-à-dire partisans d'une seule volonté.

L'unité de volonté et d'opération prônée par Sergius fut énergiquement combattue par Sophronius, patriarche de Jérusalem. Le débat ne tarda pas à diviser les Eglises d'Orient. Sergius, désireux de mettre une trêve à cette discussion, écrivit à l'évêque de Rome (c'était alors le pape Honorius) pour lui faire connaître l'état des choses.

Ici M. de Rozière retrace la conduite du pape Honorius, sa faiblesse à l'égard du patriarche de Constantinople Sergius, chef des monothélites, les deux lettres qu'il lui écrivit, la condamnation solennelle prononcée contre lui en 681, quarante-trois ans après sa mort, par le sixième concile œcuménique tenu à Constantinople.

Aux actes de ce concile le *Liber diurnus* vient ajouter le poids de son autorité. Les indications qu'il fournit à cet égard dans la formule LXXXIII sont positives. En vain on argue de fausseté les documents produits, M. de Rozière en maintient la sincérité. Puis il examine et discute les opinions émises dans la controverse suscitée au sujet du pape Honorius, et les raisons alléguées par ses défenseurs. « La conduite d'Honorius, dit-il, ne s'explique pas seulement par une ignorance complète des hommes et des choses de l'Orient ; elle a eu pour premier mobile l'espérance peut-être chimérique, mais assurément digne d'un pontife chrétien, de maintenir la paix au sein de l'Eglise. Aussi personne ne songe-t-il à soutenir qu'il ait été *volontairement hérétique*, et tout porte à croire que s'il eût connu les ravages du mal il se serait rétracté. Mais sa chute n'en est pas moins certaine : les décrets du concile sont authentiques, la sentence est formelle, et toutes les subtilités du monde n'y sauraient rien changer.

« Ce n'est là toutefois qu'une question secondaire derrière laquelle se dresse une question d'un ordre plus élevé. Quel que soit en effet le jugement qu'on porte d'Honorius, qu'on le re-

connaisse coupable d'hérésie ou de simple faiblesse, on tombe d'accord que le sixième concile a examiné ces écrits, et que cet examen n'a rencontré d'obstacle ni de la part des légats, ni de la part de Léon II. Or, si les pères du concile se sont cru le droit d'examiner les écrits d'un successeur de saint Pierre et de les rejeter comme contraires à la tradition apostolique, c'est qu'à leurs yeux l'infaillibilité que possède l'Eglise ne résidait pas dans le siége de Rome, et qu'ils considéraient le souverain pontife lui-même comme sujet à l'erreur. D'un autre côté, si les Eglises d'Occident et d'Orient ont accepté leur sentence, si le pape Léon II l'a confirmée, c'est qu'aux yeux des contemporains la compétence du concile était incontestable. Ainsi, faillibilité du souverain pontife et compétence du concile œcuménique pour juger et réformer ces erreurs, telle est la double conséquence qui découle de la condamnation d'Honorius. »

Les décrets intervenus contre lui en 681 ne sont pas les seuls témoins du droit ecclésiastique qui constate la supériorité du concile général. Le *Liber diurnus* en fournit à son tour une preuve irrécusable. Il a été composé au centre même de la puissance pontificale par la main des archivistes du Saint-Siége, et c'est dans la profession de foi du pontife nouvellement élu, c'est dans cette formule qui devait survivre de plusieurs siècles à l'ensemble du recueil que se trouve constatée la suprématie juridictionnelle du concile. *Il fallait à tout prix écarter le témoignage important du* Liber diurnus. *Les censeurs ne trouvant pas moyen de l'affaiblir en firent décréter la suppression.*

Chapitre IV. *Bibliographie du* Liber diurnus. — *Description du manuscrit et des éditions anciennes. — Plan de la nouvelle édition.* — Dans le paragraphe 1[er] concernant les manuscrits du *Liber diurnus*, l'auteur indique d'abord le manuscrit de Sainte-Croix de Jérusalem, aujourd'hui du Vatican. Ce manuscrit, découvert par Luc Holstein chez les cisterciens de Sainte-Croix de Jérusalem, devait en première ligne appeler l'attention du nouvel éditeur. C'était celui que l'Académie des inscriptions avait signalé comme le manuscrit original. Il est probable qu'il entra au Vatican avec les autres manuscrits de Sainte-Croix, en vertu d'un décret impérial du 3 septembre 1811. Il ne fut pas compris dans la restitution accordée par Pie VII. Son caractère

diplomatique détermina sans doute le souverain pontife à le conserver dans ses archives.

Après le manuscrit de Sainte-Croix c'était celui du collége des Jésuites de Clermont en Beauvoisis que l'auteur désirait le plus vivement rencontrer. Malheureusement il a échappé à toutes ses recherches. On sait que les Jésuites le possédaient déjà en 1616, et qu'ils le conservèrent jusqu'au jour de leur suppression. Mais depuis lors on ignore ce qu'il est devenu. « S'il existe encore au fond de quelque bibliothèque, dit M. de Rozière, je souhaite que mon livre parvienne jusqu'à son heureux possesseur et lui inspire la pensée de communiquer au public un texte que je regrette vivement de n'avoir pu consulter.»

On connaissait au dix-septième siècle un troisième manuscrit du *Liber diurnus :* il appartenait à M. de Montchal, archevêque de Toulouse, et Launoy en avait publié quelques extraits. Ce manuscrit a disparu comme celui du collége de Clermont.

La Bibliothèque impériale possède deux copies modernes du *Liber diurnus*. La première fait partie des papiers de Baluze; la seconde est comprise dans un volume de *Miscellanea*, qui avait été composé par M. de Harlay, et qui, après avoir appartenu aux religieux de Saint-Germain des Prés, forme aujourd'hui le numéro 11743 du fonds latin.

La Bibliothèque impériale possède encore, sous le numéro 1458 du fonds latin, un manuscrit qui se rattache à l'histoire du *Liber diurnus*. C'est un recueil de fragments de divers âges, qu'on a réunis parce qu'ils renferment des matières de droit ou d'histoire ecclésiastique. Un de ces fragments, celui qui termine le volume, appartient au douzième siècle, parmi les extraits qu'il renferme figurent six formules comprises dans la présente édition. Elles y sont reproduites sous les numéros 10, 51, 52, 53, 54 et 56.

Enfin, pour ne rien omettre, l'auteur mentionne un manuscrit qui se trouvait chez les Franciscains de Castel-Gandolfo. Les indications qu'on a recueillies suffisent pour montrer qu'il s'agit encore ici d'une copie moderne.

Dans le paragraphe 2, ayant pour titre Editions du *Liber diurnus*, l'auteur passe successivement en revue et fait connaître en détail l'édition de Luc Holstein, en partie imprimée pendant sa vie et achevée après sa mort; — l'édition du P. Jean Gar-

nier, formant un volume in-4°, et mise en circulation en 1724; — les publications partielles de Mabillon et de Schœpflin; — les éditions d'Hoffmann et de Riegger, qui ne sont que des reproductions de celles de Garnier. Puis viennent des renseignements sur l'édition préparée par Baluze.

Le paragraphe 3 a pour objet le plan de la nouvelle édition. On y voit avec quel soin l'auteur s'est occupé du texte principal dont il reproduit les meilleures leçons. Il y a joint quatre appendices composés de documents plus ou moins importants. Il n'a pas négligé de consulter les variantes qui éclairent le texte ou le complètent. A la suite de cette introduction, il reproduit les préfaces de Garnier et de Baluze.

La préface de Garnier est intitulée : *Joannis Garnerii præfatio cum notis Fr. Ant. Zachariæ.*

A la suite de la préface de Baluze vient le texte du recueil collationné sur le manuscrit du Vatican.

TEXTE DU LIBER DIURNUS. — ORDRE ET DISTRIBUTION DES FORMULES QU'IL CONTIENT.

Les précédents éditeurs Luc Holstein et le P. Garnier avaient apporté dans la distribution du livre un ordre plus méthodique, plus rationnel peut-être, mais quelque peu arbitraire.

L'édition d'Holstein présente d'abord les formules qui concernent la nomination du Souverain Pontife; puis viennent celles qui regardent l'élection, la postulation et la consécration des évêques. En troisième lieu arrivent les formules relatives à l'office et aux fonctions des prélats. Dans une quatrième division sont rangés différents actes *Præcepta diversa* sur les lieux sacrés et les offices ecclésiastiques. Une cinquième division embrasse les formules ayant trait au patrimoine de l'église; enfin, une sixième division renferme divers priviléges émanés de l'autorité apostolique.

L'édition de Garnier comprend sept divisions ainsi qu'il suit :

1° *Indiculum scribendæ epistolæ;* ce sont des modèles de suscription de lettres; — 2° *De ordinatione summi pontificis;* — 3° *De ordinatione episcopi suburbicarii à summo pontifice;* — 4° *De usu pallii;* — 5° *De præceptis summi pontificis ad episcopos suæ ordinationis, de sacris locis et sanctorum reliquiis;* — 6° *De*

rebus ecclesiæ procurandis et alienandis ; — 7° Diversa privilegia apostolicæ auctoritatis concessa monasteriis diaconiis et xenodochiis.

La nouvelle édition que publie M. de Rozière est tout à fait conforme au manuscrit du Vatican, dont elle adopte le texte et en laisse toutes les parties dans l'ordre où elles y sont rangées. La distribution qu'elle présente est moins méthodique sans doute, mais plus exacte; et, ce qui est un précieux avantage, elle permet d'apercevoir quelles ont été les rédactions successives du *Liber diurnus* probablement composé ou augmenté à différentes époques par plusieurs secrétaires ou archivistes pontificaux.

Si, en effet, on examine attentivement les quatre-vingt-dix-neuf formules que renferme le manuscrit du *Liber diurnus* publié par M. de Rozière, on arrive à constater qu'elles peuvent se partager en trois séries, précédées d'une formule préliminaire reprise sous le numéro 1.

Formule préliminaire. — Cette formule contient les suscriptions ou adresses des lettres écrites par la chancellerie romaine, et transmises :

1. A l'empereur,
2. A l'impératrice,
3. A un patrice,
4. Au comte de l'administration impériale ou à l'exarque (de Ravenne),
5. A un consul,
6. A un roi,
7. A un patriarche,
8. A un évêque du dehors,
9. A l'archevêque de Ravenne,
10. A un évêque,
11. A un prêtre, à un diacre, à un primicier ou à un officier du second rang.
12. A un fonctionnaire.

Cette même formule a été l'objet d'un très-savant commentaire historique que renferme la première dissertation du P. Garnier (voir p. 277).

Première série de formules. — Une première série comprend les formules 2 à 63.

Depuis le numéro 2 jusqu'au numéro 56, elles ont trait au gouvernement des églises et concernent notamment : l'élection et les fonctions des évêques, la réunion de plusieurs églises en une seule par suite du malheur des temps, l'érection des oratoires et l'établissement des sanctuaires, la réception des reliques dans un monastère, la dédicace d'un autel ; l'édification ou la reconstruction d'une basilique, la bénédiction d'un baptistère, l'autorisation de passer des actes ou de rédiger des chartes. On trouve ensuite des modèles d'actes divers qui ont pour objet l'échange d'un domaine, l'échange ou l'affranchissement d'un serf ; — des formules qui regardent l'ordination d'un prêtre, la convocation des évêques afin d'assister à l'anniversaire de la naissance du pape, la concession et l'usage du *pallium* ou manteau d'honneur, des lettres de recommandation et des instructions pour l'administration des biens qui composent le patrimoine de l'Eglise.

Les papes aux actes desquels paraissent se rapporter ces formules depuis le numéro 2 jusqu'au numéro 56, sont :

Célestin I^er^, élu en 422 ; — Gélase I^er^, élu en 492 ; — Boniface II, élu en 530 ; — Pelasge I^er^, élu en 555 ; — Saint-Grégoire-le-Grand, élu en 590 ; — et Zacharie, élu en 741.

Dans cette première série, sous les numéros 57 à 63, viennent se placer sept formules concernant l'élection du Souverain pontife. Elles sont intitulées :

57. *De ordinatione pontificis,*
58. *De electione pontificis ad principem,*
59. *De transitu nuntius ad exarchum,*
60. *De electione pontificis ad exarchum,*
61. *Ad archiepiscopum Ravennæ,*
62. *Judicibus Ravennæ,*
63. *Ad apocrisiarium Ravennæ.*

Ces actes, relatifs à la nomination du Souverain Pontife et repris sous les numéros 57-63, se rapportent évidemment aux papes qui ont régné du temps des exarques de Ravenne, c'est-à-dire de 568 à 752.

Seconde série de formules.— La seconde série de formules embrasse les numéros 64 à 85. Elle semble former le complément de la première et suit un ordre analogue. On y retrouve d'abord, sous les numéros 64 à 81, des actes qui regardent le gouverne-

ment de l'Eglise; des formules concernant : la fondation des monastères, l'érection des hôpitaux, l'administration, l'autorité des diacres et quatre formules qui comprennent la profession de foi d'un évêque suffragant, le protocole des engagements qu'il contracte sous sa responsabilité (*Cautio episcopi*), le texte du serment qu'il prête et spécialement le serment prêté au septième siècle par les évêques de Lombardie (voir n° 73-76). Viennent ensuite trois autres formules (78, 79, 80) se rapportant encore à l'élection des évêques, et enfin, sous le numéro 81, un acte de concession d'un enfant voué à un monastère.

Parmi ces formules, le numéro 64 est intitulé : *Præceptum de condendo monasterio*. Cette formule resta usitée sous les papes Sergius III, élu en 904; Agapet II, élu en 946; Jean XIII, élu en 965; Jean XIX, en 1024; Benoît IX, en 1033; Léon IX, en 1048; Alexandre II, en 1061. La formule 66; *De concedendo xenodochio*, est employée en 972, sous le pape Etienne II. Quant aux numéros 73, 74, 75 et 76, ayant trait aux évêques, ils paraissent remonter au septième siècle.

Après tous ces actes relatifs au gouvernement de l'Eglise reparaissent, sous les numéros 82 à 85, diverses formules qui de nouveau se rapportent à l'élection du Souverain Pontife.

Le numéro 82 est le procès-verbal de l'élection d'un pape. Il est signé ou souscrit par le clergé, par les grands, les chevaliers et les citoyens.

Le numéro 83 contient la formule de profession de foi du pape nouvellement élu. Le pontife jure de maintenir intacts tous les dogmes de la religion chrétienne, et promet d'observer et de faire observer les actes et canons des conciles œcuméniques.

Sous le numéro 84, est reproduite la fameuse formule contenant la notification que *l'évêque de la sainte église catholique et apostolique de la ville de Rome* adresse *à ses très-vénérables frères, à ses très-chers fils et à tout le peuple chrétien*. C'est là qu'après avoir protesté de son humilité, et prié tous les fidèles d'implorer pour lui l'assistance du très-haut, le nouveau pape s'engage tour à tour et dans les termes les plus explicites, à garder et maintenir le symbole et les canons du concile de Nicée convoqué en 325, les actes du second concile général, premier de Constantinople, tenu en 381, ceux du troisième concile général, pre-

mier tenu à Ephèse en 431, les décisions du quatrième concile général assemblé à Chalcédoine en 451, les actes du cinquième concile général, deuxième de Constantinople, réuni en 553; enfin les actes du sixième concile général, troisième de Constantinople, où furent condamnés les monothélites et avec eux le pape Honorius, qui fomenta leurs détestables assertions (*qui pravis eorum assertionibus fomentum impendit*).

La formule 85 contient la lettre adressée à tous les fidèles par le pape Léon II lors de son élection en 682.

Si maintenant on demande pourquoi les formules de cette seconde série, qui sous les numéros 64 à 85 semblent former une seconde catégorie complémentaire de la première, sont rangées à part, on pourra répondre à cette question par les observations suivantes :

Ces formules, qui pour la plupart semblent d'une date antérieure à 752, ont pu recevoir des additions ou des modifications ultérieures ;

Recueillies ou retrouvées après coup, probablement par un autre archiviste, elles ont pu être ajoutées à la première collection ;

Ce formulaire, de même que plusieurs autres recueils du même genre, ne contient pas seulement des cadres ou des modèles d'actes usuels. Il renferme aussi des copies intégrales d'actes intervenus dans des circonstances solennelles et auxquels on pouvait recourir au besoin. De là la transcription textuelle de ces pièces d'un intérêt majeur et leur insertion dans le Formulaire, qui participe ainsi de la nature d'un cartulaire.

Troisième série de formules. — Dans le texte du Vatican, tel qu'il est publié par M. de Rozière, commence à partir du numéro 86 une troisième série, comprenant divers priviléges émanés du Souverain Pontife. Elle s'étend jusqu'au numéro 99. On y voit différents modèles de priviléges octroyés à des monastères, et des chartes concernant l'établissement ou la confirmation de diaconies.

Par les indications qui précèdent, on peut juger combien le *Liber diurnus* renferme de précieux documents.

C'est une mine féconde que toutes les branches de l'érudition peuvent utilement exploiter.

A divers points de vue, on y rencontre de curieux renseignements qui concernent :

Le caractère général de la papauté, institution suprême, à la fois religieuse et politique, qui, surtout à partir du règne de Grégoire le Grand, plane dans tout l'Occident sur toutes les sociétés chrétiennes ;

Ces relations avec les divers Etats de l'Europe, notamment avec la France et son clergé soit séculier, soit régulier ;

Les fonctions et les devoirs de l'épiscopat ;

L'influence de l'esprit du christianisme sur l'Etat, et la condition des classes inférieures ;

Les obligations des régisseurs des domaines de l'Eglise à l'égard des colons.

Au point de vue du droit civil, on y trouve des actes concernant l'acquisition ou l'échange de domaines, l'échange et l'affranchissement des serfs, la concession d'enfants voués à des monastères, etc.

M. de Rozière l'a donc dit avec raison, le *Liber diurnus*, remarquable monument d'archéologie écrite, est un des textes les plus importants que le moyen âge nous ait transmis.

E. Taillar,
Président honoraire à la Cour impériale de Douai.

Les actes de l'Etat civil considérés dans leurs motifs, leur caractère et leur forme, par M. Addenet, procureur impérial ; 1 vol. in-18. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1869. Prix : 3 francs.

En vertu de mesures récentes, la tenue des registres de l'état civil est aujourd'hui enseignée dans les écoles normales primaires. M. Addenet a eu l'idée de faire un livre qui pût servir de base à cet enseignement. Il contient le titre *des Actes de l'état civil* avec un commentaire, un recueil très-complet des lois spéciales qui se rattachent à ce titre, et enfin cent trois formules rédigées pour tous les cas qui peuvent se présenter. Cet ouvrage formera de bons secrétaires de mairie, et a sa place marquée dans toutes les bibliothèques communales.

Nouveau Traité de la prescription en matière civile, par A. Leroux de Bretagne, conseiller à la Cour de cassation, membre de la haute Cour de justice, officier de la Légion d'honneur. — 2 vol. in-8°, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs; 1869. Prix : 15 francs.

Il y a un an que la Cour de cassation a perdu M. Leroux de Bretagne, un de ses plus anciens et de ses plus savants conseillers. Un traité complet de la prescription en matière civile s'est trouvé dans les papiers du défunt, et vient d'être publié par ses enfants. A un âge où il pouvait se croire en droit de jouir d'une position acquise, M. Leroux de Bretagne consacrait à la science du droit les moments de loisir que lui laissaient les audiences de la Chambre civile et la préparation des rapports. Il recueillait les trésors de sa longue expérience, et il laisse après lui un bon livre.

Aux matières traitées dans le titre *De la prescription* l'auteur a joint la théorie des actions possessoires, la prescription des priviléges et hypothèques, celle des servitudes, celle de l'action en nullité ou en rescision des conventions, et enfin les prescriptions abrégées qui résultent de certaines lois spéciales. Une table alphabétique, qui remplit près de cent-cinquante pages, facilite les recherches.

L'ouvrage est précédé d'une courte introduction historique. L'auteur déclare n'avoir pas eu l'intention de faire l'histoire complète de la prescription : il a seulement voulu marquer les principaux caractères de cette institution en droit romain, dans l'ancien droit français et dans notre droit moderne. On regrettera peut-être que cette partie du livre n'ait pas été développée davantage. L'histoire de la prescription en droit romain, et particulièrement de la *longi temporis præscriptio,* empruntée au droit grec par l'édit du préteur, n'a été exposée nulle part d'une manière complétement satisfaisante. Il y aurait eu aussi beaucoup à dire sur la possession annale, souvenir du droit germanique resté au fond de nos coutumes. Mais il ne faut pas demander à un auteur plus qu'il n'a voulu donner, et le livre de M. Leroux de Bretagne est destiné principalement à servir de guide dans la pratique des affaires.

Ce sera en effet un excellent guide. M. Leroux de Bretagne est de l'école de Pothier. Il écrit le droit simplement et sans

prétention. Il sait se contenter d'être clair, de bien poser les questions, d'analyser exactement les raisons pour et contre et d'indiquer ensuite la raison de décider, sans faire de phrases. Il s'attache surtout à bien faire connaître la jurisprudence, et en cela il rend un grand service. Plus on pratique les arrêts, plus on sent combien il est souvent difficile d'en bien saisir la portée. Il est vrai que la faute en est plus d'une fois à une rédaction trop elliptique. Mais cela même prouve l'utilité du commentaire des arrêts par ceux qui les rendent, et qui mieux que personne en savent les motifs et le sens.

M. Leroux de Bretagne ne se borne pas à citer des arrêts : sur chaque question particulière il cite très-exactement tous les auteurs qui l'ont traitée, tant les anciens que les modernes. Ce sont des recherches toutes faites, et qu'on peut se dispenser de refaire après lui.

Nous n'avons qu'un regret à exprimer : c'est que l'auteur n'ait pu revoir lui-même les épreuves de son excellent ouvrage. Les fautes d'impression sont assez nombreuses, surtout dans les notes. Enfin, les abréviations dans les citations sont quelquefois excessives : ainsi il faut quelque attention pour reconnaître que ce signe *q. d. d.* signifie *questions de droit*. Il y a un langage usité pour les abréviations comme pour le reste, et il n'est pas sans inconvénient de s'en écarter.

DE LA SUBROGATION RÉELLE

(SUITE[1])

3° *La communauté ne peut pas être recherchée à raison des fruits plus considérables que l'aliénation du propre lui fait acquérir. Réciproquement elle n'a pas droit à récompense si les intérêts du prix sont de moindre valeur que les fruits du propre vendu.* —Reprenons successivement ces deux propositions, qu'il est essentiel de solidement établir.

I. Un immeuble propre est vendu ; quoique d'une valeur considérable, c'était un bien peu productif. La communauté retire donc un grand avantage de la vente en touchant les intérêts d'une somme importante au lieu des revenus bien moindres que lui procurait l'immeuble. L'époux, cependant, pourrait-il demander une récompense de ce chef? La communauté n'est-elle pas usufruitière de tous les propres des deux conjoints? Et le prix de l'immeuble vendu n'a-t-il pas été subrogé dans la qualité de propre de cet immeuble? Aussi personne, que je sache, n'a voulu permettre à l'époux de demander, en pareil cas, plus que le fruit de son propre. Mais on a pensé que d'autres principes devaient prévaloir quand l'aliénation d'un *droit perpétuel propre* n'est plus faite moyennant une somme d'argent, mais moyennant la concession d'un *droit temporaire*.

Prenons l'hypothèse où un immeuble propre a été vendu à charge d'une rente viagère, et demandons-nous ce que l'époux auquel il appartenait pourra prétendre lors de la dissolution de la communauté. La question, pour moi, revient à déterminer quel est en ce cas le prix de la vente ; c'est ce prix, tout ce prix et rien que ce prix qui doit être remboursé à l'époux. Or que faut-il regarder comme le prix? Les arrérages? la rente elle-même?

Ce sont les arrérages, avaient dit quelques auteurs dans l'an-

[1] Voir *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, p. 448-487, 551-575.

cien droit[1]. Et partant de là ils avaient obligé la communauté de les restituer à l'époux, ne lui permettant de retenir que les intérêts qu'ils avaient ou auraient pu produire. Cette opinion ne peut plus se soutenir en présence des textes formels du Code. Partout on nous représente la rente comme un capital non exigible, les arrérages comme les intérêts de ce capital (art. 584, 588, 610, 1401 2°, 1909, Cbn. 1910). Le véritable, le seul prix du propre vendu, c'est donc le droit à la rente viagère ; c'est lui qui a été mis à la place de l'immeuble ; c'est lui qui a revêtu le caractère de propre : c'est donc lui aussi que l'époux reprendra, s'il existe encore, à la dissolution de la communauté (art. 1433). Quant aux arrérages, fruits civils, ils sont acquis irrévocablement à la communauté, comme le seraient les intérêts de tout capital ou de toutes créances propres à l'un des époux. Nous ne faisons là qu'une application bien simple des principes. Et cependant c'est un système très-accrédité que celui qui oblige la communauté à rembourser à l'époux l'excédant des arrérages sur les fruits du propre vendu. L'ancien droit l'avait généralement admis[2] : Pothier l'enseignait[3] ; aujourd'hui encore il est adopté par nombre d'auteurs[4] et consacré par plusieurs Cours impériales[5]. Malgré l'autorité dont tant d'assentiments revêtent cette opinion, je dois la repousser, je dois la combattre.

Quels principes, quels textes peut-on invoquer pour mettre à la charge de la communauté l'obligation de rendre une partie des fruits qu'elle a perçus? L'article 1401 ne décide-t-il pas qu'elle doit acquérir tous les fruits, tant naturels que civils, les intérêts des sommes d'argent et les arrérages des rentes propres? Et la rente viagère, moyennant laquelle un immeuble a

[1] Cf. Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. v, dist. II, n° 15, p. 103 et suiv.

[2] Cf. Bourjon, *Droit commun de la France*, VI^e^ partie, chap. II, sect. IV, I, p. 618 (Paris, 1770), I, p. 545. — Prévot de la Jannès, *Principes de la jurisprudence française*, II, n° 369, p. 85 (Paris, 1770).

[3] Pothier, *Communauté*, n° 594, *in fine*. Introduction au titre X de la coutume, n° 105.

[4] MM. Aubry et Rau, IV, p. 302, note 10. — Troplong, II, n° 1090. — Duranton, n° 243. — Glandaz, *Encyclopédie*, v° COMMUNAUTÉ, n° 260. — Bellot des Minières, II, p. 394. — Taulier, V, p. 106, etc.

[5] Douai, 9 mai 1849 (Dev. Car., 50, II, 180). — Angers, 12 mai 1852 (Dev. Car., 53, II, 369), etc.

été vendu, n'a-t-elle pas été subrogée dans la qualité de propre de cet immeuble ? (Art. 1433.) Je comprenais que dans l'opinion de Lebrun on exigeât la restitution intégrale des arrérages moins les intérêts, les arrérages étant regardés comme le prix du propre, l'époux devait les reprendre : c'était logique. Mais que l'on m'explique comment, si c'est la rente elle-même qui constitue le prix, on peut vouloir accorder plus que ce prix à l'époux, une partie des fruits qu'il a produits.

Dira-t-on qu'il y a enrichissement de la communauté ? Si cela est, tant mieux pour elle. Serait-elle condamnée à ne recevoir jamais qu'une même valeur comme usufruitière des propres ? Dans le cas d'une vente ordinaire, si le prix d'un immeuble rapporte plus en intérêts que l'immeuble lui-même ne rapportait en fruits naturels ou civils, la communauté n'est-elle pas dispensée de restituer l'excédant de ces intérêts sur ces fruits ? Pourquoi s'écarter de ce système dans l'hypothèse actuelle et s'exposer ainsi à des erreurs et à des contradictions de toutes sortes ? Car enfin qu'en sait-on ? L'immeuble vendu moyennant une rente viagère aurait pu augmenter de valeur et produire des fruits plus considérables : or l'on prend pour base des calculs la valeur de ceux qu'il produisait au moment de la vente.

On répliquera sans doute que l'enrichissement ne s'en fait pas moins au détriment de l'un des époux, et que pour ce motif il doit donner lieu à récompense. — Mais la situation n'est-elle pas exactement la même dans ce cas de vente ordinaire dont je viens de parler, quand l'immeuble est payé moins qu'il ne vaut ? De plus, il est loin d'être exact que l'époux est toujours constitué en perte. Il obtient ce qu'il voulait : il voulait une rente viagère, il l'a. Il a passé un contrat aléatoire qui peut lui profiter, comme il peut tourner à son préjudice. Il lui profitera si la communauté se dissout au bout d'un court espace de temps par le prédécès de l'autre époux ou une séparation de biens ; il lui sera désavantageux si elle se dissout par sa mort. D'un autre côté, nous pourrons établir plus loin que dans le système que nous combattons c'est l'époux qui s'enrichit souvent aux dépens de la communauté.

Tenons-nous-en fermement à notre point de départ : l'article 1433 ne permet à l'époux de reprendre que le prix subrogé

au propre vendu ; or ce prix est ici le droit à la rente viagère : c'est donc ce droit seul qui revient à l'époux [1].

Quand nous raisonnons ainsi, certains auteurs nous accusent de faire une pétition de principes. La question, disent-ils, est précisément de savoir si la substitution de la rente viagère au propre aliéné peut s'effectuer sans faire naître un droit de récompense au profit de l'époux. Mais qu'on ne s'y trompe pas : nous ne disons pas seulement que là où il y aurait un immeuble il y a une rente maintenant ; nous soutenons qu'en vertu de l'article 1433 cette rente a été *subrogée* dans la qualité de propre qui appartenait à l'immeuble, et qu'en vertu du même article, ce n'est que le prix ainsi subrogé qui peut être prétendu par l'époux. Nous avons, en effet, expliqué précédemment quelles sont les conséquences de cette subrogation : quand le prix est versé dans la communauté, l'époux a droit à récompense ; mais s'il reste en dehors (comme cela a lieu ici), c'est ce prix lui-même devenu propre que l'époux reprend, sans qu'aucune récompense lui soit due : car il obtient de cette manière la valeur qui représente son bien, et quant aux fruits, ils sont naturellement acquis à la communauté usufruitière des propres des époux. On me semble avoir méconnu de tout point le sens de l'article 1433 quand on a voulu, pour l'appui du système contraire, en tirer cette conclusion absolue, que la vente d'un propre donne toujours lieu à récompense. Oui, si la communauté est devenue propriétaire du prix. Non, si la propriété est restée sur la tête de l'époux, si le prix, comme dans l'espèce, n'a pas été confondu avec les biens communs.

Une autre objection a été faite : admettre notre doctrine, ce serait permettre les libéralités irrévocables entre époux. Il est facile de répondre. D'abord l'époux ne donne pas à la communauté le prix de son propre : ce prix, c'est la rente, qui ne discontinue pas de rester sur sa tête. Quant aux arrérages, il est tout naturel que la communauté les gagne en vertu de l'article 1401. Si l'on pouvait même voir une donation indi-

[1] Dans notre sens : MM. Pont et Rodière, I, n° 716, p. 640 et suiv. — Bugnet sur Pothier, VII, p. 311, n° 2. — Bordeaux, III, p. 68. — Marcadé sur l'article 1436, n° 2. — Proudhon, *De l'usufruit*, V, n° 2675. — Besançon, 18 février 1853 (Dev. Car., 53, II, p. 457). — Nancy, 3 juin 1853 (Dev. Car., 55, II, p. 253.)

recte dans cette vente faite moyennant une rente viagère, est-ce à dire que cette donation serait irrévocable? L'époux ne peut-il pas en arrêter les effets dès qu'il lui plaît, soit en vendant, soit en donnant à un tiers son droit à la rente viagère?

Quelques mots, pour finir, sur les conséquences du système contraire. Supposons qu'un immeuble propre qui rapportait 200 francs par an ait été vendu moyennant une rente viagère de 500 francs; au bout de dix ans, la communauté est dissoute; au bout de dix autres années, l'époux propriétaire meurt. Dans le système adverse, cet époux a touché 8000 francs pour prix de son propre : 3000 francs de récompense lors de la dissolution de la communauté, 5000 francs d'arrérages depuis. Ne peut-on pas dire qu'il s'est enrichi au détriment du fond commun? La jouissance de la rente après la dissolution du mariage lui a procuré la valeur de son immeuble, et, outre cela, il avait exigé de la communauté des fruits, consommés depuis longtemps sans doute.

II. La communauté n'a pas droit à récompense quand l'aliénation d'un propre entraîne une diminution de ses revenus. L'étendue plus ou moins grande de son usufruit est entièrement subordonnée à la propriété de l'époux : si le bien propre périt ou fait l'objet d'une donation, le droit de la communauté est anéanti; si le propre a seulement diminué de valeur, est devenu moins productif, l'usufruit de la communauté est diminué d'autant. Ces principes doivent être vrais, que ce soit un *droit temporaire* ou un *droit perpétuel* qui ait été aliéné; au premier cas pourtant on les a méconnus.

Occupons-nous de l'hypothèse où une rente viagère propre a été vendue. L'époux a droit, suivant nous, au prix pour lequel l'aliénation a eu lieu ; ce prix a été *subrogé* à la rente, il est devenu propre : il doit donc donner naissance à une action en reprise.

Deux autres opinions ont été mises en avant :

La première [1] prétend dénier toute récompense à l'époux

[1] MM. Aubry et Rau, IV, § 511, p. 301, texte, note 8.— Duranton, XIV, n° 340. — Delvincourt, III, p. 60. — Cass., 10 avril 1855 (Dev. Car., 55, I, p. 241). — Cf. *dans l'ancien droit :* Pothier, Introduction au titre X de la coutume, n° 106. — Poullain du Parc, *Coutumes générales du pays et duché*

quand c'est par sa mort que la communauté a pris fin ; dans tous autres cas, elle se rallie à la seconde opinion, dont nous nous occuperons séparément.

Pour l'appui de la proposition spéciale de ce premier système, on a dit qu'un *droit temporaire* consistant uniquement dans la jouissance de la chose d'autrui et se consumant par l'exercice de cette jouissance, la rente viagère doit être considérée comme ayant appartenu à la communauté quand le mariage se dissout par le prédécès de l'époux sur la tête duquel elle avait été constituée. N'est-ce pas cette communauté qui, sans l'aliénation, en aurait eu la jouissance et l'aurait consumée successivement de manière qu'elle fût entièrement anéantie à l'époque de la dissolution du mariage? Mais alors elle doit avoir aussi ce qui représente la rente, le prix de l'aliénation ? — La base de ce raisonnement est erronée. On y suppose que la communauté a un droit acquis sur la jouissance de la rente pour toute la durée du mariage ; que, malgré la vente, elle doit être considérée dans ses rapports avec l'époux comme continuant d'exercer cette jouissance ; que celle-ci est entrée une fois pour toutes dans son patrimoine. — Or cela n'est pas. La jouissance qu'a la communauté d'un bien propre ne peut s'exercer qu'aussi longtemps que ce bien reste entre les mains de l'époux. En sort-il, elle se reporte sur la valeur qui a pris sa place. En un mot, comme nous l'indiquions en commençant, le droit d'usufruit de la communauté est corrélatif du droit de propriété de l'époux : les objets sur lesquels portent ces deux droits sont les mêmes.

Dans notre espèce, tant que l'époux avait la propriété de la rente viagère, la communauté en avait l'usufruit : une fois que la rente a été remplacée par un prix, c'est de ce prix seul que la communauté a eu la jouissance, de même que c'est ce prix seul qui a été propre à l'époux.

L'opinion que nous repoussons dépouillerait du reste l'un des époux au profit de la communauté. Une valeur propre est entrée dans la caisse commune, et les héritiers de l'époux ne pourraient pas l'y reprendre, sur le fondement que la communauté avait la jouissance du droit aliéné !

de Bretagne et usements locaux (Rennes, 1745-1748), III, p. 154-155, note N. — *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne* (Rennes, 1767-1771), V, p. 187-188.

Ne faut-il pas au moins, tout en reconnaissant à l'époux un droit à récompense, permettre à la communauté de retenir sur le prix l'excédant des arrérages que produisait la rente sur les intérêts que produit le prix? — La première opinion le décide au cas où la communauté s'est dissoute pour toute autre cause que le prédécès de l'époux propriétaire[1]. — La seconde opinion que nous avons annoncée donne cette solution en tous cas quelconques de dissolution de la communauté[2]. — Ce que nous venons de dire suffit pour réfuter ces deux systèmes. Du moment que la communauté n'a pas de droit acquis sur la jouissance de la rente viagère, que son usufruit dès l'instant de la vente ne peut plus s'exercer que sur le prix, il devient évident qu'elle doit faire une restitution intégrale de ce prix subrogé dans la qualité de propre. En vain dirait-elle qu'elle ne doit rendre que ce dont elle s'est enrichie, l'appauvrissement qui a pu résulter de la vente doit être supporté par elle et non par l'époux.

Ainsi, en cas d'aliénation d'un *droit temporaire* propre, le prix qui en est payé lui est subrogé, et l'époux, dont il est devenu un propre, peut le reprendre intégralement[3].

VI. *De l'action en reprise.* — Établir qu'il se produit une subrogation en cas d'aliénation d'un propre, étudier les divers cas d'aliénations, déterminer les effets et l'étendue de cette subrogation, c'est à cela que jusqu'à présent ont tendu nos efforts. Il nous reste à nous occuper de l'action donnée aux époux pour faire valoir les droits que la subrogation crée à leur profit, à parler de l'*action en reprise*. Nous le ferons à un double point de vue, suivant que l'époux est propriétaire ou créancier du prix.

1° *Le prix n'a pas été versé dans la communauté.* — Nous savons que dans ce cas l'époux est resté propriétaire du prix; c'est de ce droit de propriété qu'il se prévaudra lors de la dissolution

[1] MM. Aubry et Rau, *loc. cit.* — Duranton, *loc. cit.*, etc.

[2] Merlin, *Répert.*, v° Remploi, § 2, n° 2. — Bellot des Minières, II, p. 382. — Toullier, XII, n°s 347 et suiv., p. 507-510. — Cf. *dans l'ancien droit :* Prévot de la Jannès, *Principes de la jurisprudence française*, II, n° 369, p. 86. — Pothier, *Communauté*, n° 592.

[3] *Dans notre sens :* MM. Pont et Rodière, n° 716, p. 641-642. — Mourlon, n°s 46-47. — Proudhon, *De l'usufruit*, n°s 2672-2674, V, p. 119 et suiv. — Boileux, III, p. 68. — Marcadé sur l'article 1436, n° 2.

de la communauté. Il pourra donc exercer son action en reprise par préférence aux créanciers communs, mais il ne pourra la faire porter que sur le prix qui se retrouve. Ce sont deux points qui ont été développés précédemment.

Nous pouvons être bref aussi dans l'indication d'hypothèses où le prix n'est pas confondu avec les biens communs. Il nous suffira de rappeler que la créance du prix de vente, la rente viagère ou le droit d'usufruit, moyennant lesquels l'aliénation a eu lieu, restent propres à l'époux ; que c'est une action en répétition contre l'emprunteur et non une action en récompense contre la communauté qui sera donnée à l'époux, si le prix de son propre a été immédiatement transporté à un tiers, à titre de prêt, avec indication dans l'acte de transport de la provenance des deniers. Un cas pourtant peut faire difficulté. — Il a été enseigné et jugé[1] que le mari qui dissipe le prix de son propre vendu a droit à récompense tout comme si la communauté en avait profité. Cette manière de voir, je ne saurais la partager. Le prix a-t-il été versé dans la communauté ? Non, car il est bien entendu que le mari vient de toucher ce prix, et que ce sont les deniers mêmes reçus par lui qu'il a fait servir à ses libéralités ou à ses folles dépenses ; on ne voudra pas prétendre, du reste, que ces dissipations constituent l'exercice de l'usufruit auquel la communauté a droit. La communauté donc, n'étant pas devenue propriétaire du prix de vente, ne peut être tenue à récompense : le mari a disposé, comme il en avait le droit, d'un bien propre qui lui appartenait.

2° *Le prix a été versé dans la communauté.* — Quand le prix du propre aliéné a passé dans les biens de la communauté, soit par sa confusion avec ces biens, soit par l'usage qui en a été fait, un droit de créance, une action en reprise, voilà tout ce qui reste à l'époux. Encore l'exercice de ce droit, de cette action, est-il subordonné, en général, à la preuve que le prix est réellement entré dans la communauté : nulle présomption n'est admise en faveur de l'époux. Car enfin de ce que ce prix ne se retrouve pas en nature est-on autorisé à conclure qu'il a été

[1] MM. Aubry et Rau, IV, § 511, note 4, *in fine*, p. 299. — Pont et Rodière, I, n° 709, p. 635.— Angers, 7 mars 1845 (Dev. Car., 46, II, p. 79). — *Contrà.* M. Troplong, II, n° 1093, p. 374 et suiv.

versé dans la caisse commune? N'a-t-il pu rester propre et périr pour le compte de l'époux? Cependant ce que nous venons de dire doit être appliqué au mari seul. La femme, étant demeurée étrangère aussi bien à l'administration de ses propres qu'à celle de la communauté, pourrait être fort embarrassée souvent de fournir la preuve que le prix a profité à cette dernière; d'autre part, il est naturel de présumer que le mari a touché ce prix. A lui donc d'établir, le cas échéant, que les deniers provenant de l'aliénation sont restés en dehors de la communauté [1].

Je ne reviendrai pas sur ce qui a été dit plus haut que l'époux, dans notre hypothèse, doit être traité comme un créancier ordinaire, ni sur les conséquences que nous avons déduites alors de ce principe. Je ne puis davantage m'arrêter à l'étude des diverses règles selon lesquelles doivent se faire les prélèvements des époux, ou plus généralement les payements de leurs reprises. Qu'il suffise de rappeler que la femme exerce ses prélèvements avant le mari, et qu'en cas d'insuffisance des biens communs, elle peut s'en prendre aux propres de ce dernier (art. 1471-1472); enfin que c'est à la femme acceptante seule qu'est accordé le bénéfice de se payer elle-même sur les biens de la communauté, la femme renonçante étant assimilée, sous ce rapport, à tout créancier quelconque [2] (art. 1493), et ne pouvant se venger sur ces biens que par voie d'exécution forcée.

Section II. — Régime dotal.

La subrogation du prix au bien aliéné a-t-elle lieu sous le régime dotal? et si elle a lieu, dans quels cas? sous quelles conditions? suivant quelles règles? C'est l'examen de ces diverses questions que nous allons aborder, après avoir jeté un rapide coup d'œil sur la législation romaine en cette matière.

I. *Droit romain.* — Le mari, en droit romain, est, tant que dure la société conjugale, le seul maître de la dot, *dominus dotis;*

[1] Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 511, note 4, p. 299.— Troplong, n° 1096, *in fine*, II, p. 376-377. — Pont et Rodière, I, p. 636-637, n° 711.

[2] Sauf qu'elle a une hypothèque légale sur les conquêts de communauté comme sur les propres du mari.

il en a la propriété [1], soit quiritaire, soit bonitaire [2]. Mais, comme nous l'avons montré en recherchant le sens de la règle : *In judiciis universalibus res succedit loco pretii, pretium loco rei,* la dot ne constitue pas une universalité pendant le mariage : il y a dans le patrimoine du mari certains biens, revêtus de caractères particuliers, soumis à des règles spéciales, sujets à une restitution conditionnelle ; voilà tout. S'il en était autrement, la subrogation *générale* se produirait dans la *dos* comme dans toute universalité : par le seul fait de l'aliénation d'une chose dotale, sous la condition que cette aliénation fût valable, il s'opérerait une transformation de la dot : le prix deviendrait dotal comme la chose l'était. Mais, puisque les différents biens dotaux ne forment pas un tout juridique, le seul effet de l'aliénation est de remplacer un bien par un autre dans le patrimoine du mari, sans attribuer au bien nouveau le caractère dotal qui appartenait à l'ancien : ce caractère, c'est une subrogation *spéciale* qui peut seul le lui transmettre ; les jurisconsultes romains la faisaient résulter d'une convention expresse des époux en cas de vente volontaire, d'une convention présumée dans le cas d'une aliénation forcée. Précisons ces diverses hypothèses où se rencontre une subrogation du prix à la chose dotale.

1° *Vente volontaire faite par le mari seul.* — La célèbre *lex Julia de fundo dotali* ne défendait au mari que la vente des *prædia* [3], et cette prohibition même ne frappait, paraît-il, que les fonds italiques [4]. Il était donc nombre de choses dotales dont le mari pouvait disposer seul, sans le concours de sa femme. Mais un pareil acte de disposition entraînait-il une transformation de

[1] L. 7, § 3 ; l. 9, § 1 ; l. 75, *De jure dotium* (23, 3) ; *J. pr. Quibus alien.* (2, 8) ; l. 49, *De furtis* (47, 2) ; l. 13, § 2 ; *De fundo dotali* (23, 5) ; c. 9, *De rei vindic.* (3, 32), etc. — Cujacius, observ. X, cap. XXXII. — Zimmern, *Rechtsgesch,* I, §§ 160-161. — Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* (7e édit. 1863), I, § 218, p. 399 et suiv. — Lœhr et Grolmann, *Magazin,* IV, n° 5, p. 57 et suiv. — Demangeat, *De fundo dotali.* Introduction, p. 3 et suiv., etc. — *Contrà,* Tigerström, I, § 41, p. 202 et suiv.

[2] Cf. Savigny, *System des heutigen röm. Rechts,* II, § 72, p. 113 et suiv. — Pellat, *Textes sur la dot,* p. 72-73.

[3] L. 5, l. 6, l. 13, pr., §§ 1-3 ; *De fundo dotali* (23, 5) ; J. II, *Quibus alien. licet,* 8, pr.

[4] J. II, *Quibus alien. licet,* 8, pr. ; c. 1, § 15 ; *De rei uxor. act.* (5, 13). — Cf. Gaius, II, § 63.

la dot? Le prix que touchait le mari, qui devenait sa propriété, était-il frappé de dotalité, était-il subrogé dans la qualité de bien dotal du bien vendu? Il faut répondre oui, si la femme y a donné son assentiment; non, dans le cas contraire.

Le mari peut bien changer les divers objets sur lesquels porte son droit de propriété; mais là s'arrête son pouvoir; il ne peut imprimer le caractère dotal aux biens qu'il acquiert : le consentement de la femme est nécessaire pour que le prix devienne dotal. Plusieurs textes nous permettent de regarder ce point comme incontestable : la loi 25, *De jure dotium* (23, 3), par ces mots : *Permutatio dotium conventione fieri potest*, exclut l'idée que la transformation de la dot puisse se faire indépendamment de toute convention : développant la règle finale du texte précédent, la loi 26, *eod. tit.*, indique précisément le cas qui nous occupe, la *permutatio ex re in pecuniam;* la loi 32, *eod.*, enfin subordonne de même la dotalité du prix au consentement de la femme, puisqu'elle suppose que ce consentement a été donné dans l'hypothèse d'une vente que le mari pouvait faire seul, d'une vente de choses mobilières (*lapidis ex lapidicinis, vel arborum quæ fructus non essent*).

Ainsi, quand la femme n'a pas figuré à la vente, le bien dotal vendu est censé rester en dot; à la dissolution du mariage, le mari ne sera pas toujours libéré par la restitution du prix qu'il a reçu : si ce prix est inférieur à la valeur réelle de la chose aliénée ou à l'estimation qui en avait été faite *taxationis causa*, c'est cette valeur ou cette estimation que devra le mari. D'un autre côté, il n'aura pas la faculté de faire la restitution *annua, bima, trima die;* il sera obligé à une restitution immédiate, comme si le bien vendu lui-même se trouvait encore entre ses mains.

Mais, quand le mari s'est assuré du consentement de sa femme, le prix doit être traité comme toute valeur dotale; c'est ce prix qui sera restitué, et il le sera conformément aux règles admises pour les choses fongibles (Ulpien, VI, § 8).

2° *Vente volontaire faite conjointement par les deux époux.* — Sous l'empire de la *lex Julia*, avant les innovations introduites par Justinien[1], le mari pouvait avec le consentement de la

[1] C. 1, § 15; *De rei ux. act.* (5, 13).

femme aliéner les immeubles dotaux[1]. Quand une pareille vente était faite, le prix en devenait dotal par application de la règle : *Permutatio dotium conventione fieri potest*, car on était en droit de supposer que les deux époux avaient voulu le subroger à l'immeuble aliéné. La solution était la même, comme nous l'avons indiqué plus haut, quand les époux avaient vendu conjointement une chose dotale dont le mari aurait pu disposer seul. Les deux hypothèses sont mentionnées et mises sur la même ligne par la loi 32, *De jure dotium* (23, 3).

Le consentement [2] de la femme ne pouvait cependant être présumé quand la vente était désavantageuse pour elle. (L. 26, *De jure dotium*, 23, 3; l. 21, *De pactis dot.*, 23, 4.) En pareil cas, la subrogation ne s'opérait pas; le mari était obligé de restituer (et cela immédiatement), à la dissolution du mariage, la valeur ou l'estimation de la chose vendue. Peut-être même faut-il aller plus loin et étendre cette règle à toute vente qui, sans être préjudiciable à la femme, ne lui est cependant d'aucune utilité. Pourquoi, peut-on dire, la femme aurait-elle consenti à une transformation de la dot sans profit pour elle? Comment admettre qu'elle n'a pas voulu subordonner à la condition qu'elle retirerait, elle aussi, un avantage de la vente, la faculté qui en doit résulter pour le mari d'échelonner ses payements par tiers, d'année en année, lors de la dissolution du mariage? Cette interprétation, Modestin semble l'autoriser quand il dit dans la loi 26, *De jure dotium : Si hoc mulieri utile sit.* (Adde l. 21, *De pactis dot.*, 23, 4.) On objecte que la *permutatio dotis* n'aurait pas été possible dans ce système, puisque les

[1] Gaïus, II, § 63.— Paul, *Sent. recept.*, 21, B, § 2.— J. II, *Quibus alien.*, 8, pr.

[2] J'entends le consentement donné à la *permutatio dotis*, car entre les tiers et le mari on ne peut songer à arrêter l'exécution du contrat. Le consentement de la femme a, en général, une double portée : permettre au mari de faire une aliénation valable, entraîner une transformation de la dot. Or ces deux objets sont loin d'être indivisibles : le consentement qui porte sur la vente peut fort bien être pur et simple, et celui portant sur les effets de la vente, conditionnel. C'est précisément ce qu'on présume ici : la femme a autorisé la vente d'une manière absolue vis-à-vis des tiers, mais selon toute apparence elle a entendu que cette vente devait être faite aux risques et périls du mari, que ce dernier ne serait pas libéré par la restitution du prix, si ce prix était inférieur à la valeur du bien vendu.

époux ne peuvent s'avantager pendant le mariage[1]. Mais n'est-il pas telle aliénation qui profite également aux deux parties? qui n'enrichit point l'une aux dépens de l'autre? Et puis il reste toujours les ventes faites à des tiers, dans lesquelles la *permutatio dotis* peut avoir lieu tout comme dans celles consenties entre époux. Qu'est-ce qui s'oppose dans le cas de pareilles ventes à ce que la femme trouve de grands avantages au contrat?

3° *Vente forcée du fonds dotal.* — De même que l'aliénation forcée du fonds dotal ne tombait pas sous l'empire de la *lex Julia*, qu'elle n'exigeait pas pour sa validité le consentement de la femme[2], de même aussi une telle aliénation entraînait de plein droit la *permutatio dotis*, la subrogation du prix à l'immeuble aliéné. C'est qu'une convention des époux était facile à sous-entendre, c'est que tout portait à leur attribuer le désir de voir rester en dot la valeur du fonds dotal, ce fonds ne pouvant rester lui-même entre les mains du mari. Les textes nous offrent surtout deux exemples de cette subrogation, l'un en cas de *licitation*, l'autre en cas d'*éviction*.

(*a*) *Licitation du fonds dotal.* — Quand l'immeuble dotal est indivis entre le mari et des tiers, la licitation provoquée par ces derniers entraîne une aliénation nécessaire[3], à moins qu'elle ne sont tranchée au profit du mari, hypothèse qui ne doit pas nous occuper pour le moment. Cette aliénation se produit donc en deux cas : ou bien quand un copropriétaire du mari se rend adjudicataire, ou bien quand le fonds est adjugé à un étranger; dans l'un et l'autre cas, la partie du prix qui revient au mari est subrogée au fonds dotal. Tryphoninus le décide dans la loi 78, § 4, *De jure dotium* (23, 3); mais il détermine en même temps les limites dans lesquelles cette subrogation doit être renfermée. Sans doute, la soulte payée par le copropriétaire, la part qui revient au mari dans le prix que doit l'étranger adjudicataire prennent la qualité de choses dotales; mais c'est

[1] M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 132.

[2] Cf. l. 3, § 1; l. 13, § 4; l. 1, pr., *De fundo dotali* (23, 5). — Glück, *Erläuter. der Pandekten*, XXIII, § 1250.

[3] Ce serait au contraire une aliénation volontaire, si la licitation avait été provoquée par le mari : il faudrait appliquer alors les règles étudiées précédemment (c. 2, *De fundo dotali*, 5, 23).

cette qualité seule qui leur est transférée, le prix n'est pas tellement subrogé au fonds vendu (*non vice corporis habetur*), qu'on puisse le regarder comme un corps certain et, comme tel, le faire restituer par le mari, suivant les mêmes règles que l'immeuble aurait été restitué. Les deux époux ont dû vouloir que la valeur qui représente le fonds dotal reste en dot : elle y restera ; mais obliger le mari à la restituer immédiatement lors de la dissolution du mariage, lui qui n'a point provoqué l'aliénation de l'immeuble, et qui jouit en général du bénéfice de ne restituer les quantités qu'à l'expiration de certains délais, ce serait pousser trop loin l'idée de la subrogation et s'exposer à méconnaître l'intention des parties.

(*b*) *Eviction d'un bien dotal.* — Quand le mari est évincé d'un bien dotal, il est très-important de distinguer le cas où ce bien avait été estimé de celui où il ne l'avait pas été. Y avait-il eu estimation *venditionis causa*, le mari en cas d'éviction peut agir contre le constituant par l'action *ex empto*, comme tout acquéreur agirait contre son vendeur. Si la chose avait été, au contraire, livrée sans estimation, le mari n'a aucun recours en garantie, s'il n'établit un dol à la charge du constituant. Rien n'empêche pourtant ce constituant de promettre une indemnité en vue de l'éviction, et il faut se poser dès lors pour l'une et l'autre hypothèse, pour celle où il a été fait une estimation comme pour celle où il n'y en a point eu, la question de savoir si le prix que reçoit le mari en place de l'immeuble évincé est subrogé à cet immeuble.

Commençons par le cas où la chose dotale n'a pas été estimée et supposons avec Marcien (l. 52, *De jure dotium*) que, sans être tenue, la femme a promis le *double*. Cette indemnité sera-t-elle dotale? Dans quelle mesure le sera-t-elle? — La partie qui correspond à la valeur du bien évincé sera tout d'abord subrogée à ce bien et entrera en dot : les motifs sont ceux que nous avons développés au cas de licitation. Mais le restant de l'indemnité? Il deviendra dotal aussi, non plus en vertu de la subrogation, mais en conformité du principe que tout ce qui est acquis à l'occasion d'un bien dotal doit être rendu avec ce bien.

Voilà pourquoi Marcien peut dire : « Quia ipse fundus in dote « est, quodcumque propter eum consecutus fuerit a muliere ma-

« ritus, quandoque restituet mulieri de dote agenti. » (L. 52, *De jure dotium*, 23, 3[1].)

Reste le cas où le bien dotal avait été estimé *venditionis causa*. Dès avant l'éviction, ce qui est en dot, ce n'est pas le bien, c'est le prix d'estimation ; par suite, peu importe, une fois l'éviction faite, que ce prix soit censé rester en dot ou que son équivalent lui soit subrogé. Quant à l'excédant de l'indemnité sur cet équivalent, Ulpien le déclare également dotal, l'éviction ne devant pas procurer un avantage au mari au détriment de la femme. (L. 16, *De jure dotium*, 23, 3.)

II. *Droit français.* — Le droit romain attribuait au consentement des époux manifesté pendant le mariage la vertu de transformer la dot, de faire naître la subrogation. Sous l'empire du Code, les choses sont changées : une fois le mariage célébré, les époux ne peuvent plus, quelque vif qu'en soit leur désir, quelque complet que soit leur accord, apporter des modifications à la composition de la dot. Par contre, ils sont libres d'autoriser à l'avance, dans leur pacte matrimonial, toute transformation ultérieure de la dot, d'imprimer le cachet de dotalité aux biens qui, constant le mariage, pourront prendre la place de choses dotales aliénées. De même donc qu'en droit romain on devait, lors de chaque aliénation, se demander si les époux avaient songé à une *permutatio dotis*, de même il faut rechercher dans notre droit si, par leur contrat de mariage, ils ont entendu permettre la subrogation d'un bien nouveau à un bien dotal. Et remarquons de suite qu'il convient peut-être de se montrer plus large dans l'interprétation de la volonté des parties qu'on ne pouvait l'être en droit romain, car ce n'est plus le mari, c'est la femme qui est propriétaire de la dot. N'admet-on pas la subrogation, la valeur du bien vendu de dotale qu'elle était devient paraphernale, c'est-à-dire se trouve mise à la disposition de la femme ; d'un autre côté, la dot est plus profondément modifiée, puisque l'on ne peut plus regarder le bien vendu comme y restant fictivement.

Nous allons donc, en recherchant quelle a été l'intention des parties au contrat de mariage et en nous appuyant constamment sur les dispositions, soit spéciales, soit plus générales de la loi

[1] Cf. l. 3, *De fundo dotali* (23, 5) ; l. 7, § 12 ; l. 61, *Soluto matr.* (24, 3.)

(nous n'oublions pas que c'est elle la base de toute subrogation), déterminer quand le prix est subrogé à la chose dotale aliénée, et quels sont les effets de cette subrogation.

1° *Vente volontaire autorisée par le contrat de mariage.* — La dot immobilière est inaliénable (art. 1554) ; mais les époux en peuvent autoriser la vente par leur contrat de mariage. Une pareille disposition existe-t-elle sans être accompagnée d'une clause exclusive de la subrogation, on en peut induire l'intention des époux de rendre dotal le prix qui proviendra de l'aliénation. Seulement, si ce prix devient dotal, si le mari en obtient l'administration et la jouissance, s'il peut en acquérir la propriété par l'exercice de son usufruit, à charge d'en restituer le montant plus tard, c'est à cela aussi que se restreint la portée de la subrogation ; son effet ne va pas jusqu'à frapper le prix d'indisponibilité entre les mains du mari, jusqu'à forcer ce dernier à une restitution immédiate, lors de la dissolution du mariage, tout comme si l'immeuble lui-même était resté dotal.

2° *Vente volontaire de meubles dotaux.* — Nous touchons ici à une question brûlante : la dot mobilière est-elle aliénable? Il ne peut s'agir pour nous que de rechercher s'il s'opère une subrogation quand on admet qu'un meuble dotal peut faire l'objet d'une vente, soit de la part de la femme, soit de celle du mari. Nous laissons ainsi de côté le système de l'inaliénabilité absolue.

Dans l'opinion qui reconnaît à la femme le droit de vendre ses meubles dotaux avec l'autorisation du mari, je crois que la subrogation du prix doit être toujours admise. Quelle différence voudrait-on faire entre une pareille vente et celle autorisée par le contrat de mariage, dont nous parlions il n'y a qu'un instant? Les époux n'ont-ils pas, en adoptant le régime dotal, permis implicitement et par avance l'aliénation des meubles dotaux? Ce consentement tacite ne renferme-t-il pas, tout comme le consentement exprès, l'intention de subroger le prix au bien dotal vendu? Car enfin il est bien plus naturel, ce me semble, d'attribuer aux époux une volonté qui ne touche que légèrement à leurs conventions matrimoniales qu'une autre qui les modifierait profondément. D'après le contrat de mariage, il devait y avoir en dot une certaine valeur mobilière aliénable. Pourquoi ne pas y maintenir cette valeur? pourquoi donner à une

aliénation qui, dans l'intention des parties, ne devait, selon toute apparence, que changer les objets mobiliers en d'autres de même valeur, l'effet exorbitant de rendre une valeur dotale paraphernale ?

Les mêmes motifs s'imposent et doivent conduire à des solutions identiques dans le système de la Cour de cassation sur l'aliénabilité de la dot mobilière. Une restriction est à faire pourtant : elle se déduit de la nature même des pouvoirs que l'on reconnaît au mari. — Le mari peut disposer des meubles dotaux ; il le peut en qualité d'administrateur, *cum liberrima potestate :* la femme est censée lui avoir accordé ce pouvoir dans le contrat de mariage. Cela étant, nul acte de mauvaise administration ne doit opérer une transformation de la dot. La vente elle-même est valable, cela ne peut faire de doute ; mais il est impossible d'admettre que la femme ait entendu consentir à une modification de sa dot mobilière qui lui serait désavantageuse. Le mari donc, lors de la dissolution du mariage, ne se libérera pas en restituant le prix de vente ; il devra la valeur réelle du meuble vendu. — Ces mêmes principes, nous les avons vus consacrés en droit romain : le consentement alors était donné pendant le mariage ; aujourd'hui il ne peut s'induire que du pacte matrimonial, ce qui rend plus inadmissible encore la présomption que la femme aurait voulu permettre une subrogation préjudiciable à ses intérêts.

3° *Aliénations forcées d'immeubles dotaux.* — Se fait-il une subrogation du prix de l'immeuble dotal au cas d'aliénation forcée de cet immeuble ? C'est l'importante question que je vais m'attacher à résoudre.

Il est toute une série d'hypothèses où la vente est plutôt forcée que volontaire, mais où nulle difficulté ne peut s'élever : celles que vise la disposition finale de l'article 1558. On est plus embarrassé quand on a affaire à d'autres aliénations qui méritent peut-être plus encore le nom *d'aliénations forcées*, mais dont la loi n'a point déterminé les effets. Pourtant je n'hésite pas à les mettre sur la même ligne que celles prévues formellement par le Code.

On objectera que la subrogation est de droit strict. Mais l'intention du législateur n'est-elle pas certaine ? S'il veut que le prix devienne dotal dans les cas qu'il a eus spécialement en vue,

pourquoi exclurait-il la subrogation dans les cas analogues, où l'aliénation présente le même caractère, sinon un caractère plus accentué encore, où il y a plus que parité de motifs? Quand l'esprit de la loi est manifeste, à quoi bon un texte spécial? Peut-on même exiger du législateur qu'il indique toutes les hypothèses où une règle une fois posée peut recevoir application, que cette règle se trouve établie d'une manière absolue ou qu'elle ne se laisse qu'entrevoir incidemment? — Il était nécessaire de dire que les époux peuvent, dans certains cas, aliéner les immeubles dotaux : le législateur l'a dit et en même temps a déterminé la nature du prix provenant de pareilles ventes. Mais il y a d'autres aliénations que les époux peuvent être obligés de consentir. Conclura-t-on du silence de la loi à leur égard qu'elles doivent être soumises à d'autres règles? Autant vaudrait en conclure que l'immeuble dotal ne peut pas être atteint par d'autres aliénations forcées que celles énumérées dans l'article 1558?

Ce que nous venons de dire suffirait peut-être déjà pour justifier l'opinion que nous avons émise; mais nous pouvons la renforcer par d'autres arguments que je crois décisifs.

Le droit romain d'abord témoigne en faveur de notre système : la *permutatio dotis* résultait, nous l'avons vu, des aliénations forcées. Et le Code n'attribuerait pas le même effet à ces aliénations! Il n'appliquerait pas à la licitation notamment, qu'il mentionne dans l'article 1558, la décision de la loi 78, § 4, *De jure dotium!* Mais pour quel motif, je le demande? Mais c'est *à fortiori* qu'il doit le faire. Car, en définitive, si la subrogation ne s'était pas produite en droit romain, le prix n'en serait pas moins devenu la propriété du mari, tandis que si elle ne se produisait pas dans notre droit, ce prix serait à la complète disposition de la femme, au moins quant à l'administration.

Nous avons mieux : le principe même qui sert de base au dernier alinéa de l'article 1558, aussi bien qu'à la disposition finale de l'article 1559, commande également la subrogation du prix à l'immeuble dotal dans les autres cas d'aliénations forcées. Il est à peine besoin de dire que ce principe est celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pour moi, l'économie des articles 1558 et 1559 est la suivante : ils renferment une double exception à la règle de l'article 1395 et, en regard, une

double application de cette même règle. Voyons cela d'un peu plus près.

Une première exception, une première modification des conventions matrimoniales autorisée par nos articles, consiste en ce qu'un immeuble, inaliénable d'après le contrat de mariage, peut sortir des mains du mari. Mais, pour émousser autant que possible les effets de cette exception, pour sauvegarder dans une juste mesure l'intention des époux, les articles 1558 et 1559 subrogent à l'immeuble dotal ce qui restera du prix de l'aliénation. C'est là la première application de l'article 1395 : la valeur qui était en dot reste en dot, moins ce qui a été employé pour les besoins des époux.

La deuxième exception que nous avons annoncée est une conséquence de la première : l'immeuble aliéné est remplacé (en tout ou en partie) par une valeur mobilière ; d'immobilière et d'inaliénable qu'elle était, la dot est devenue mobilière et aliénable. — Et cependant l'intention des parties est certaine : ce n'est pas une dot disponible entre leurs mains, offrant prise à leurs créanciers, que les époux ont voulu avoir ; c'est une dot immobilière, inaliénable, insaisissable. S'ils avaient pu prévoir l'aliénation forcée qui leur enlève aujourd'hui leur immeuble dotal, ils auraient à coup sûr stipulé le remploi. Aussi pour remettre les choses dans l'état où elles devaient être d'après les conventions matrimoniales, nos articles exigent que le prix de l'aliénation soit remployé, consacrant une seconde fois de la sorte le principe de l'article 1395 ; la valeur dotale frappée d'inaliénabilité par le contrat de mariage restera inaliénable.

Que résulte-t-il de cette explication des articles 1558 et 1559 ? — Le voici : ces textes n'étant, dans leurs dispositions finales, que des applications de principes généraux, rien ne s'oppose à ce que les règles qu'ils contiennent soient étendues aux cas non prévus par eux, où il se rencontre parité de raisons. Le dernier alinéa des articles 1558 et 1559 n'existerait pas, que nous donnerions la solution qui s'y trouve et aux cas indiqués dans ces articles et aux cas analogues. Il n'est pas difficile de voir quels sont ces *cas analogues :* ce sont tous ceux où l'on est obligé d'admettre les deux exceptions que nous avons vu apportées par les articles 1558 et 1559 au principe de l'immutabilité du pacte matrimonial ; les exceptions existant, les applications destinées

à les contre-balancer doivent exister également. Donc, dans tous les cas d'aliénations forcées, le prix est subrogé à l'immeuble aliéné, et subrogé tellement qu'il y a je ne sais quoi d'immobilier qui s'attache à lui et force le mari à en faire le remploi en immeubles. Sur ce dernier point, on ne nous opposera pas les expressions : *Pretium non corporis vice habeatur*, dont Tryphoninus, au cas de licitation, se sert dans la loi 78, § 4, *De jure dotium* (23, 3). Ces expressions, synonymes de celles-ci : « Le prix ne doit pas être regardé comme représentant un *corps certain*, » n'ont trait qu'à la question de savoir comment se fera la restitution du prix lors de la dissolution du mariage. Or, à cet égard, l'intention des époux est plus que douteuse : rien ne nous autorise à croire qu'ils ont entendu soumettre la restitution du prix aux mêmes règles que celle d'un immeuble dotal. Au contraire, c'est bien certainement se conformer à leur désir que de conserver son caractère immobilier à la valeur dotale que représentait l'immeuble aliéné. La coutume de Normandie l'avait reconnu et avait même poussé cette idée jusqu'à introduire, au cas d'aliénation d'immeubles dotaux, le remploi de plein droit sur les immeubles acquis par le mari depuis la célébration du mariage (art. 540, 541)[1].

Il nous reste à indiquer les divers cas où il y a aliénation forcée, subrogation du prix et nécessité de remploi.

Cas divers d'aliénations forcées. — 1° En première ligne se placent les hypothèses de l'article 1558, où une nécessité impérieuse, que la justice a reconnue, amène la vente de l'immeuble dotal. — Dans toutes ces hypothèses, à l'exception de la dernière (celle de *licitation*), une partie au moins du prix est immédiatement dépensée, soit pour venir en aide aux époux, soit pour assurer la conservation de la dot, soit enfin pour satisfaire les créanciers du constituant.

Mais ce qui n'est pas absorbé par ces dépenses, ce qui reste du prix entre les mains des époux, devient dotal et doit, aux termes mêmes de la loi, être remployé au profit de la femme : nous en avons dit les motifs. Aussi nous dispenserons-nous de

[1] La même coutume imposait au mari l'obligation de remployer les deniers provenant du rachat des rentes foncières dotales, disposition qui passa ensuite dans l'article 4 de la loi des 18-29 décembre 1790.

réfuter longuement l'opinion de M. Bellot des Minières[1], qui décharge le mari de l'obligation d'employer l'excédant du prix, quand cet excédant est peu considérable. Cette opinion n'a rien pour elle, ni le texte ni l'esprit de la loi, et il ne faut pas trop s'étonner si elle n'a trouvé aucun crédit[2].

Dans le dernier cas prévu par l'article 1558, la subrogation n'est pas établie expressément; mais, comme nous l'avons vu, les principes suffisent. Nous nous réservons d'ailleurs d'y revenir quand nous traiterons de *la subrogation dans le partage et la licitation*, de même que nous renvoyons l'examen détaillé de l'article 1559 au chapitre spécial qui sera consacré à l'*échange*.

2° L'indemnité allouée par le jury en cas d'*expropriation pour cause d'utilité publique* d'un immeuble dotal est subrogée à cet immeuble et sujette à remploi[3].

Si, au lieu de laisser intervenir un jugement d'expropriation, les époux passent un traité amiable avec l'administration, l'article 13 de la loi du 3 mai 1841 permet au tribunal d'ordonner les mesures de *conservation* et de *remploi*. On remet donc aux mains de la justice le soin de veiller à la sûreté de la dot et au maintien des conventions matrimoniales; mais si elle négligeait de le faire, la subrogation n'en subsisterait pas moins, aussi bien que l'obligation qui en découle pour le mari de faire remploi des deniers qu'il touche[4].

3° En cas d'incendie d'un immeuble dotal, l'indemnité payée par une *compagnie d'assurance* revêt le caractère dotal et doit être *employée* au profit de la femme. — Ce n'est pas, à vrai dire, un prix; mais pour les époux elle représente l'immeuble, tout comme un prix le ferait.

4° L'aliénation *partielle* d'un immeuble dotal opère également, quand elle est forcée, la subrogation du prix à la valeur immobilière vendue. — Qu'un propriétaire voisin use de la faculté qu'il tient de l'article 661 de se porter acquéreur de la mitoyenneté du mur d'un immeuble dotal, l'indemnité qu'il

[1] Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, IV, p. 145.

[2] *Voir surtout* : Benech, *De l'emploi et du remploi de la dot*, n° 120, p. 273. — Seriziat, *Traité du régime dotal*, n° 172.

[3] Cass., 5 décembre 1845 (Dev. et Car., 46, I, p. 161).

[4] Cf. M. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 123, p. 278. — *Contrà*, MM. Pont et Rodière, II, n° 566, p. 423.

devra payer sera marquée du cachet de dotalité; le mari, de plus, sera tenu d'en faire *emploi*. Autre exemple : le propriétaire d'un fonds enclavé exerce sur un immeuble dotal la servitude de passage à laquelle l'article 682 lui donne droit, ou bien un tiers, invoquant l'article 1er de la loi des 29 avril-1er mai 1845, obtient le passage sur le fonds dotal des eaux destinées à l'irrigation de ses propriétés; il naît, dans l'un et l'autre cas, et la subrogation de l'indemnité que reçoivent les époux à la valeur dotale qu'ils ont perdue et l'obligation pour le mari de faire emploi de cette indemnité.

Puisque j'en suis aux aliénations partielles des immeubles dotaux, je veux relever ce que je crois une inexactitude ou au moins une inadvertance de M. Benech [1]. Cet excellent auteur, d'ordinaire si précis et si exact, veut, en se fondant sur la loi 32, *De jure dotium*, mettre sur la même ligne que les aliénations forcées les cas de vente d'un droit de superficie sur des immeubles dotaux, ou de certaines choses tirées de ces immeubles et ne pouvant être regardées comme des fruits. — Mais la preuve que le droit romain ne voyait pas d'aliénations forcées dans ces ventes, c'est qu'il exigeait le consentement de la femme pour que la *permutatio dotis* en pût sortir, ou même, à l'égard de certaines d'entre elles, pour qu'elles fussent valables (vente du droit de superficie). Il doit en être de même dans notre droit : l'aliénation des produits, autres que des fruits retirés des immeubles, sera soumise aux mêmes règles que toute aliénation volontaire de meubles dotaux; et quant à la vente d'un droit de superficie, elle ne sera possible que sous les mêmes conditions et produira les mêmes effets que toute aliénation de la dot immobilière.

5° Si le mari est évincé d'un immeuble dotal, les deniers qu'il obtient par l'exercice de son action en garantie contre le constituant deviennent dotaux; emploi, de plus, doit en être fait [2]. Sans doute, l'immeuble n'avait été que temporairement un immeuble dotal; mais l'intention des époux d'avoir une dot immobilière peut-elle être révoquée en doute? *Fundus in dote est*, n'hésitait pas à dire le droit romain dans un cas pareil. (L. 52, *De jure dotium*, 23, 3.)

[1] M. Benech, *Traité de l'emploi et du remploi de la dot*, n° 124, p. 279.

[2] Cf. M. Benech, *op. cit.*, n° 121, p. 274. — *Contrà*, MM. Tessier, *Traité de la dot*, I, p. 283. — Duranton, XV, n° 435.

6° Qu'au lieu d'une éviction, on songe à l'exercice d'une action en nullité ou en rescision, ou aussi d'un retrait conventionnel, et l'on sera conduit à la même solution que nous venons de donner, pourvu que le mari ait reçu une certaine valeur en place de l'immeuble qui est sorti de ses mains.

§ 2. — Subrogation de la chose acquise au prix qui a servi à l'acquérir.

La subrogation dont nous terminons l'étude est intéressante à bien des égards; mais il faut reconnaître qu'elle est empêchée trop souvent de sortir son effet, à raison du droit de jouissance qui appartient, suivant les régimes, ou au mari ou à la communauté. Sous ce rapport, elle est moins importante que celle qui doit faire l'objet de ce paragraphe. Nous avons vu jusqu'à présent la qualité de propre ou de bien dotal transmise presque toujours à des choses fongibles; nous allons la voir passer à des corps certains dont l'un des époux aura et conservera la propriété exclusive. Cette nouvelle subrogation a lieu en cas d'*emploi*. Fidèle au plan suivi jusqu'à ce moment, je l'étudierai d'abord sous le régime de la communauté, sous le régime dotal ensuite, en laissant momentanément de côté ce qui se rattache à l'échange ou au partage.

Section I. — De l'emploi sous le régime de la communauté.

Transformer des deniers propres en un immeuble propre, voilà l'emploi. — On comprend l'intérêt que cette transformation peut avoir pour le mari comme pour la femme. Pour le mari? Si l'acquisition est faite avec des deniers lui appartenant, elle peut constituer un placement avantageux et lui permettre de réaliser des profits; si elle est faite pour le compte de la femme, la communauté est dégrevée d'autant, et, comme usufruitière, pourra retirer de l'immeuble acquis plus que ne lui rapportait la somme employée. Quant à la femme, s'il s'agit d'un emploi de ses deniers, qu'elle ne se plaigne pas [1]. Laissée

[1] Toute fraude de la part du mari n'est sans doute pas impossible; il pourrait notamment *exagérer* le prix pour retenir l'excédant de ce prix simulé sur le prix réel. A la femme ou à ses héritiers à rechercher et à

juge de la question de savoir si l'emploi qu'on lui offre présente ou non des dangers pour elle, elle pourra le refuser dans le premier cas, l'accepter au cas contraire. Une fois rassurée sur l'opportunité de l'acquisition, comment la femme n'aurait-elle pas tout avantage à *enfoncer ses deniers en fonds d'héritages?* selon le pittoresque langage des vieux juristes de la Bretagne. Au lieu d'une somme d'argent dont le mari avait la libre disposition, et qui, même pour un bon administrateur, est une *fragilis res,* aujourd'hui plus encore peut-être qu'au temps où Proculus l'entendait dire par des *rustici senes*[1]; au lieu d'une créance contre la communauté dont le mari est seigneur et maître, qu'il peut amoindrir chaque jour par son incurie ou ses folles dépenses, la femme, grâce à la subrogation, aura un propre immobilier dont la perte est moins à redouter[2], dont l'aliénation ne peut avoir lieu sans son consentement. — S'agit-il même de l'emploi de deniers propres au mari, la femme ne pourra le voir que d'un bon œil, à raison de la garantie plus grande qu'il lui procure.

Maintenant que nous sommes convaincus de l'importance de la subrogation que produit l'emploi, nous pouvons déterminer les cas où elle se présente, les conditions auxquelles son existence est subordonnée. A cet effet, nous distinguerons deux espèces d'emploi : l'emploi stipulé et l'emploi non stipulé dans le contrat de mariage.

I. *De l'emploi non stipulé dans le contrat de mariage.* — Des deniers ont été réservés propres aux époux : une clause de réalisation expresse ou tacite (autre que la clause d'emploi) leur a attribué ce caractère, ou bien ils ont été donnés ou légués sous la condition expresse qu'ils ne tomberaient pas en communauté, ou bien enfin ils ont été tirés d'immeubles propres. Une acquisition immobilière est faite avec la déclaration que c'est des deniers propres de l'un des époux, et en général avec l'accomplissement de toutes les conditions que réclame l'emploi : l'im-

prouver l'existence d'une pareille fraude. Ils pourront en faire la preuve par tous moyens.

[1] L. 79, § 1, *De legatis,* 3°.

[2] « Facilius perit pecunia quam corpora, » disait le président Favre (Codex Fabrianus, *De jure dotium,* def. II, note 6 (*Opera omnia,* t. IX).

meuble ainsi acquis sera-t-il subrogé à la valeur propre [1] qui a servi à son acquisition? On s'est élevé contre cette subrogation, on en a nié l'existence [2]; mais, en le faisant, on ne s'est pas souvenu des traditions que l'ancien droit nous a léguées, ni des dispositions très-probantes que le législateur moderne a inscrites dans nos Codes.

Ce n'est pas que nos vieux auteurs nous présentent un système complet sur la matière, mais nous trouvons au moins dans leurs ouvrages des indications suffisantes pour être autorisé à dire que, dans l'ancien droit, l'emploi opérait subrogation sans qu'il eût besoin d'être stipulé dans le contrat de mariage. Au seizième siècle déjà, d'Argentré reconnaît au mari la faculté d'offrir un emploi à la femme; il le fait dans des termes qui excluent toute idée de *stipulation* et de *charge* d'emploi : « Ex « quo et ipse vir, dit-il, *si libet,* constante matrimonio, compen- « sationes dare *non vetatur,* assignando æquivalentia prædia [3]. » Duplessis, au siècle suivant, est plus explicite encore; il dit formellement : « Car il le peut faire aussy (l'emploi) quoyqu'il n'y ait point eu de stipulation d'employ par le contrat de mariage [4]. » Interrogeons-nous Lebrun et Pothier, les réponses sont les mêmes. Lebrun, prévoyant le cas où le mari, pour prix d'acquisition d'une terre, a donné une *obligation* que le vendeur lui devait, n'élève pas le moindre doute sur l'existence de la subrogation; il exige seulement, pour que l'immeuble devienne propre, qu'il y ait eu une déclaration d'emploi [5]. Pothier enfin, le père de notre droit actuel, pose le principe de la subrogation dans les termes les plus généraux qui se puissent désirer : « Lorsque j'achète, dit-il, durant la communauté, un héritage,

[1] Peu importe, du reste, que les deniers aient été confondus dans la communauté : la propriété en est momentanément rendue à l'époux, quand ils sont tirés de la caisse commune pour payer l'acquisition de l'immeuble.

[2] MM. Duranton, XIV, nos 389-390. — Dalloz, *Répertoire*, X, no 60. p. 196. — Douai, 2 avril 1846 (Dev. et Car., 47, II, p. 413).

[3] Duplessis, *Traités sur la coutume de Paris. De la communauté*, liv. II, sect. II, p. 471 (édit. 1699).

[4] D'Argentré sur Bretagne, art. 419, glose 5, no 3.

[5] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, no 68, p. 318. — Cf. encore Tronçon, *Le droit français et coutume de la prévôté de Paris*, sur art. 232. — Pierre le Maistre, *Coutume de Paris*, ibid., p. 268 (édit. 1741).

avec déclaration que c'est des deniers qui m'étaient propres... l'héritage acquis avec cette déclaration, quoique acquis durant la communauté, a par la subrogation la qualité de propre de communauté [1]. »

S'il en était ainsi dans l'ancien droit, pourquoi en serait-il autrement sous l'empire du Code? Si l'on ne distinguait pas alors entre l'emploi stipulé et l'emploi non stipulé, pourquoi cette distinction aurait-elle été faite par le législateur de 1804? — Mais, dit-on, les articles 1434 et 1435 ne parlent que du remploi; on a donc entendu laisser les immeubles acquis en emploi sous la présomption de l'article 1402. — Ne jouons pas sur les mots. Si l'on veut se donner la peine d'examiner les choses d'un peu près, on se convaincra aisément qu'il est impossible de ne pas mettre sur la même ligne l'emploi et le remploi. L'emploi! le remploi! Où est la différence? Le remploi n'est-il pas tout simplement un cas spécial d'emploi? Qu'importe que les deniers servant à l'acquisition soient devenus propres par leur subrogation à un propre vendu, ou le soient devenus de toute autre manière? Dans les deux cas, il y aura un emploi fait avec des deniers propres. Il suffit donc que la loi se soit expliquée au sujet de l'un de ces cas, celui qui se présentait le plus naturellement à l'esprit quand on venait de s'occuper de l'aliénation des immeubles propres; ce qui est dit pour ce cas est censé dit pour l'autre. Il nous sera même facile de montrer, le texte de la loi à la main, que telle a été la pensée des rédacteurs du Code.

Faisons voir d'abord que cette interprétation a été donnée par le législateur lui-même. — L'article 558 du Code de commerce permet à la femme du failli de reprendre les immeubles qui avaient été acquis en emploi de deniers à elle échus par succession ou donation; il exige seulement que les conditions des articles 1434 et 1435 aient été remplies, et, de plus (disposition spéciale à la faillite), que l'origine des deniers soit constatée par un acte authentique. Ce serait là une anomalie, une exception aux règles ordinaires admises en matière de faillite, si l'emploi ne produisait subrogation. Au contraire, on s'explique fort bien l'article 558, on le trouve concordant, on ne peut mieux, avec

[1] Pothier, *De la communauté*, n° 198.

l'ensemble du système qui règle les droits de la femme dont l'époux est failli, dès que l'on regarde les immeubles acquis en emploi comme appartenant à la femme, comme subrogés à ses deniers propres. Que peut, en effet, reprendre la femme du failli d'après les articles 557 et 560? Uniquement ses propres existant en nature, les biens dont elle a gardé et prouve avoir gardé la propriété. Si donc l'article 558 l'autorise à retirer les immeubles acquis en emploi, tout porte à croire qu'il considère ces immeubles comme des propres de subrogation existant en nature; cette explication est même la seule qui se concilie avec les termes dont le législateur a fait usage [1].

Revenons aux dispositions du Code Napoléon. — Nous avons vu précédemment que les articles 1434 et 1435 appellent *remploi* ce qui n'est, à vrai dire, qu'un *emploi* de deniers provenant de la vente d'un propre, et nous en avons conclu que ces textes devaient être appliqués à toute espèce d'emploi. — La preuve que cette conclusion n'était pas téméraire va nous être fournie par l'article 1470. — Tandis que les articles 1434 et 1435 ne prévoyaient expressément que l'hypothèse spéciale où les deniers employés étaient devenus propres par subrogation, notre article 1470 embrasse tous les cas d'emploi, et les désignant par le mot de *remploi* montre qu'ils doivent être régis par les articles 1434 et 1435. Il est ainsi conçu :

« Art. 1470. Sur la masse des biens chaque époux ou son héritier prélève :

« 1° Ses *biens personnels* qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou *ceux qui ont été acquis en remploi;*

« 2° Le prix de ses *immeubles* qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait *remploi*... »

Voilà qui est clair : l'époux peut reprendre, comme propriétaire, tous ses biens personnels, c'est-à-dire ses immeubles propres et ses valeurs mobilières qui n'ont pas été confondues avec les biens de la communauté. — Si ces différents biens n'existent plus en nature, mais ont été remployés, en d'autres

1 L'article 558, ainsi entendu, est d'autant plus probant qu'il se réfère à une hypothèse où les rédacteurs n'ont pu songer à une stipulation d'emploi insérée dans le contrat de mariage.

termes, si du prix des immeubles propres vendus d'autres immeubles ont été acquis conformément aux articles 1434 et 1435, si les deniers propres ont été *employés* en acquisitions immobilières, les nouveaux immeubles sont propres de subrogation et peuvent être repris par l'époux. — Ainsi l'article 1470 prouve invinciblement que l'emploi de deniers propres opère subrogation.

Ce ne sont pourtant pas là les seuls arguments que l'on peut invoquer à l'appui de notre thèse : il en est d'autres encore que nous pourrions produire ; mais je n'en veux plus rapporter qu'un seul : il se tire de l'article 1595, al. 2. L'une des ventes permises entre époux est, aux termes de cet article, la cession faite par le mari d'immeubles lui appartenant, en emploi de deniers propres de la femme. Ces immeubles entrent donc dans le domaine de la femme ! ils sont subrogés à ses deniers propres ! — Dira-t-on que cet emploi a lieu dans des circonstances exceptionnelles? — Mais comment justifier raisonnablement une distinction entre le cas où le mari cède à sa femme des immeubles qu'il avait acquis antérieurement, et celui où il lui cède (toujours si elle le veut bien) des immeubles qu'il vient d'acquérir en déclarant que c'est avec des deniers de la femme et en emploi de ces deniers?

Tenons donc pour certain que la subrogation se produit même en cas d'emploi non stipulé dans le contrat de mariage [1]. Mais sous quelles conditions? avec quels effets? C'est ce que nous allons rechercher.

A. *Conditions de la subrogation en cas d'emploi non stipulé dans le contrat de mariage.* — Comme la principale application de la subrogation réelle se rencontre précisément en cas d'emploi et de remploi, que cette matière, d'autre part, est encore l'objet de vives controverses entre les auteurs, il ne sera peut-être pas hors de propos d'étudier avec soin ce qu'il faut pour qu'il puisse y avoir emploi et partant subrogation, d'étudier, en d'autres termes, les dispositions des articles 1434 et 1435;

[1] *Dans notre sens :* MM. Aubry et Rau, IV, § 507, note 81. — Troplong, *Contrat de mariage*, II, nos 1155-1157. — Rodière et Pont, I, no 513. — Toullier, XII, no 356. — Caen, 6 mai 1839. — Paris, 9 juillet 1841 (Dev. et Car., 41, II, p. 534). — Cass., 16 novembre 1859 (Dev. et Car., 60, I, p. 241). — Douai, 15 juin 1861 (Dev. et Car., 62, II, p. 65).

car, nous l'avons vu, ces textes doivent être appliqués à toute espèce d'*emploi* des biens propres, le mot pris dans son acception la plus large.

I. *De l'emploi des deniers propres du mari.*

a. De la déclaration d'emploi et de l'indication de l'origine des deniers. — L'article 1434 semble exiger du mari une double déclaration : déclaration d'emploi, indication de l'origine des deniers. Mais tout le monde n'est pas d'accord à ce sujet : quelques auteurs se contentent de l'une quelconque de ces déclarations, tandis que d'autres font une distinction, et qu'une troisième opinion trouve dans l'article 1434 deux conditions également indispensables. Examinons chacun de ces systèmes :

1° D'après les partisans du premier [1], l'emploi serait effectué, la subrogation produite et dans le cas où le mari s'est contenté d'indiquer l'origine des deniers et dans celui où il a fait une simple déclaration d'emploi. Opposez-leur le texte de l'article 1434, et ils vous répondent : « C'est *par inadvertance* que cette disposition a été rédigée ainsi, que les rédacteurs du Code ont substitué la particule *et* à la disjonctive *ou* dont Pothier s'était servi. Sans cela, il faudrait admettre qu'ils ont voulu revenir sur une jurisprudence constante dans l'ancien droit. » — Quoi ! c'est une erreur de copie qui aurait donné naissance à la disposition de l'article 1434, et une fois l'erreur commise, tout le monde aurait continué à se méprendre sur le sentiment de Pothier, et les rédacteurs eux-mêmes, et les tribunaux de cassation et d'appel, et le conseil d'Etat, et le Tribunat, qui tous s'occupèrent spécialement de ce texte ! Non, certes, il n'y a pas eu de méprise : les rédacteurs ont écrit ce qu'ils voulaient écrire ; ils savaient consacrer une opinion universellement admise avant eux ; car, n'en déplaise à nos adversaires, si l'ancienne jurisprudence a été constante en un sens, ce n'est pas en celui qu'ils pensent. Duplessis, Renusson, Lebrun, Brodeau et beaucoup d'autres s'expliquent de la façon la plus catégorique [2] sur la

[1] MM. Odier, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 325. — Duvergier sur Toullier, XII, n° 370. — Duranton, XV, n° 428.

[2] Si l'on veut mettre une inadvertance sur le compte de quelqu'un, c'est donc plutôt sur celui de Pothier qu'il faudrait la mettre, d'autant qu'il ne parle que très-incidemment de notre question.

nécessité d'une double déclaration. — Ecoutez Duplessis[1] : « Pour former le remploi, dit-il, il faut que le mari par le contrat d'acquisition déclare que c'est des deniers stipulés propres à lui... et qu'*il stipule en même temps* que ces héritages ou rentes nouvellement acquises demeureront propres pour lui servir de remploi. » — Renusson nous montre tout aussi clairement comment la déclaration du mari doit être formulée, quand il se pose cette question : « Que dira-t-on si le mari, depuis le contrat d'acquisition, a déclaré par quelque acte postérieurement fait que les acquisitions par lui faites sont des deniers dotaux de la femme, et qu'il les a faites pour lui tenir lieu d'emploi[2] ». — Lebrun tient le même langage[3]. — Brodeau rapporte un arrêt du 23 mars 1611 où il est jugé que « la subrogation n'a pas lieu, le mari n'ayant pas déclaré lors de l'exécution du retrait[4] que c'étaient des deniers procédant de la vente de son propre et pour lui tenir lieu de propre[5]. » — Ces auteurs sont loin d'être les seuls de leur opinion[6]; mais les diverses propositions que nous avons glanées dans leurs écrits suffisent pour faire voir que, si les rédacteurs du Code ont imposé au mari la nécessité d'une double déclaration, ce n'est pas là le jeu du hasard, le résultat d'une inadvertance, c'est qu'ils ont voulu conserver sous la législation nouvelle une théorie qui avait poussé de si profondes racines dans l'ancien droit.

[1] Duplessis, *Traités sur la coutume de Paris. De la communauté*, liv. II, chap. IV, sect. II.

[2] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 27.

[3] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 62, p. 316, et n° 68, p. 318.

[4] Il s'agissait, dans l'espèce, d'un immeuble retiré au moyen de deniers provenus de l'aliénation d'un propre.

[5] Brodeau sur Loüet, *Lettre R.* som. 30, II, p. 531 (édit. 1742).

[6] *Voir encore :* d'Aguesseau, 27e plaidoyer, p. 644. — Chassanée sur Bourgogne, *Des droits appartenant à gens mariés*, chap. XIV, § 2. — Bretonnier, *Recueil des principales questions de droit*, v° SUBROGATION, p. 365 (édit. 1783), etc. — Jusque dans notre droit local (anciens statuts de la ville de Strasbourg), on avait senti la nécessité d'une pareille déclaration. On regardait comme acquêt le bien acquis à l'aide de deniers provenant d'un propre « Nisi emendo alteram domum protestatus sit et *declaraverit* se « velle ut *pecunia ex venditione suæ patrimonialis domus* redacta *teneat* « *locum illius.* » (*Consilia argentoratensia*, vol. IX, 1701). Resp. 177, p. 1314. — Cf. Silberrad, *De acquæstu conjugali secundum jus statutarium arg.*, § 15, p. 31.

Si même l'ancienne jurisprudence avait été tout autre qu'elle n'a été réellement, il me paraîtrait impossible de prêter au législateur une autre intention que celle de subordonner à une double condition la validité de l'emploi. Eh quoi ! non contents d'avoir exigé une première fois dans l'article 1434 les deux déclarations que l'on connaît, les rédacteurs insistent ; il les présentent une seconde fois dans l'article suivant comme aussi indispensables l'une que l'autre, et l'on ne se déclare pas satisfait! et l'on élève des doutes sur l'intention qui a présidé à la confection de ces articles ! et l'on accuse le législateur d'inadvertance! On a été long, en tout cas, à s'apercevoir de cette inadvertance, puisqu'en 1807, quand on a rédigé le Code de commerce, en 1838, quand on l'a si profondément modifié, personne n'a songé à la réparer, mais qu'on s'en est tenu à la double déclaration exigée par les articles 1434 et 1435 (art. 546, anc. Cod. de comm.; art. 558, nouv. Cod.) [loi du 28 mai 1838].

Si l'opinion que je combats se met en opposition avec le texte de la loi, elle ne se met pas moins en opposition avec les principes reçus depuis longtemps en matière de subrogation. — Fiction juridique, celle-ci est de droit strict, et les circonstances dans lesquelles elle peut naître doivent être déterminées avec une rigueur pour ainsi dire mathématique. Ainsi, quand la loi permet aux parties de subroger un bien à un autre, il faut pour cela que leur intention soit certaine, qu'elles aient déclaré formellement vouloir user du droit que le législateur leur confère. — « Les subrogations, a dit Renusson en un passage que nous avons déjà cité [1], ne se suppléent point *par présomption* et *par induction*. » Fidèle à ce principe dans les articles 1250, al. 2, et 2103, al. 2, au cas de subrogation personnelle, le Code a certainement voulu le consacrer aussi quant à la subrogation réelle par les articles 1434 et 1435. Or l'une quelconque des déclarations dont il est question dans ces textes aurait-elle pu suffire à sauvegarder ce principe? Ne fallait-il pas d'une part obliger les époux à préciser la valeur propre à laquelle le nouveau bien devait être subrogé? Ne fallait-il pas, d'un autre côté, être certain, grâce à une déclaration expresse émanant d'eux, qu'ils avaient bien l'intention de faire naître une subrogation ?

[1] Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. V, n° 1, p. 190.

— La première déclaration, celle de l'origine des deniers, fait-elle défaut, l'objet même de la subrogation est indéterminé et l'incertitude la plus grande règne, pour les tiers, sur la qualité du bien acquis. — Le mari avait-il effectivement des deniers propres auxquels cet immeuble a pu être subrogé ? — Quelle était, en tout cas, la valeur de ces deniers? La subrogation a-t-elle pu transférer la qualité de propre à tout ou partie seulement du bien nouveau ? — Autant de questions dont la solution ne peut être laissée en suspens dans une matière où tout est rigueur.

Que si le mari, tout en indiquant l'origine des deniers, omet de déclarer que l'acquisition est faite pour lui servir d'emploi, comment cette simple indication pourrait-elle opérer subrogation ? — Qu'importe qu'un immeuble ait été payé de deniers propres ou de deniers de la communauté. « Tout immeuble, dit l'article 1402, est réputé acquêt de communauté. » Le mari est censé vouloir acquérir pour la communauté, sauf son droit de récompense s'il a payé avec des deniers à lui propres. Les tiers pourront toujours invoquer cette présomption contre lui s'il n'a pas déclaré *formellement* qu'il entend garder pour lui l'immeuble acquis en le subrogeant à ses deniers propres. Or, encore une fois, cette subrogation ne s'opère pas de plein droit, par cela seul que des deniers propres servent à l'acquisition d'un immeuble; la loi la fait dépendre de la volonté clairement exprimée des parties. — Et l'on ne peut que rendre hommage à la sagesse du législateur. Que de difficultés surgiraient si l'on n'exigeait une déclaration expresse d'emploi! que de fraudes seraient à craindre de la part du mari! — Une acquisition aurait-elle été avantageuse, le mari viendrait dire, à la dissolution du mariage, que son intention avait toujours été de faire servir l'immeuble d'emploi à ses deniers propres. L'immeuble, au contraire, aurait-il péri, il s'empresserait de soutenir que, s'il a déclaré l'origine des deniers, ce n'a été que pour affirmer sa créance contre la communauté et nullement pour indiquer qu'il voulait faire une acquisition en emploi.

Voilà pour la première opinion, passons à la seconde.

Deuxième opinion. — Tout en reconnaissant avec nous qu'une déclaration d'emploi est toujours nécessaire, on a pensé, dans un second système, qu'elle doit être regardée comme suffi-

sante[1]. A quoi bon une indication, la plupart du temps inexacte, de l'origine des deniers, du moment que le mari s'exprime, lors de l'acquisition, en des termes qui ne laissent aucun doute sur sa volonté d'effectuer un emploi? Les articles 1434 et 1435 semblent, il est vrai, exiger l'une et l'autre déclaration; mais s'ils ont rappelé celle relative à l'origine des deniers, « c'est bien moins comme une condition distincte de la déclaration d'emploi que pour exprimer l'idée qu'elle serait insuffisante si elle n'était accompagnée de cette déclaration. »

Cette opinion soulève, en partie, les mêmes objections que la précédente : les articles 1434 et 1435 N., 553 C. font dépendre la subrogation de la double déclaration qu'ils mentionnent; en matière de subrogation, il faut s'attacher autant que possible à la lettre de la loi; ces textes sont en conformité parfaite avec l'ancien droit, et nous pouvons même ajouter à ce que nous avons dit à ce sujet, que si quelques auteurs semblent parfois se contenter de la seule déclaration d'emploi, celle qu'ils ont en vue est toujours formulée de manière à contenir en elle une indication de l'origine des deniers. Ainsi Pothier, qu'on nous opposait tout à l'heure, dit dans le même numéro 198 de son *Traité de la communauté :* « Si j'ai vendu mon héritage propre pour le prix de 1 200 livres et que j'en aie acheté un autre... avec déclaration que c'était pour me tenir lieu de *remploi du prix qui m'était dû de celui que j'ai vendu* 1 200 *livres*... » Bacquet, prévoyant un cas différent de celui qui nous occupe, mais où les mêmes déclarations sont exigées, le cas d'emploi des deniers propres de la femme qui ont été l'objet d'une stipulation d'emploi dans le contrat de mariage ne regarde pas les acquisitions comme appartenant à la femme, « si elles ne portent par *mots exprès* qu'elles ont été faites pour satisfaire à la *clause de remploy portée par son contrat de mariage*[2]. »

On objecte que l'indication de l'origine des deniers serait sans objet. Nous avons vu, au contraire, qu'elle est nécessitée par les principes mêmes de la subrogation, que sans elle les tiers seraient exposés à la plus fâcheuse incertitude sur l'existence et l'étendue de l'emploi. Il y a plus, l'intérêt de la femme

[1] MM. Aubry et Rau, IV, § 507, note 64, p. 259.

[2] Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 301, p. 235 (édit. 1688).

exige cette indication. Si elle n'était pas faite, comment lui serait-il possible, à elle ou à ses héritiers, de prouver, lors de la dissolution du mariage, que les deniers qui ont payé l'acquisition ne pouvaient être propres au mari, que celui-ci n'avait alors aucuns biens personnels qu'il pût *employer*, ni deniers tombés dans la communauté à charge de récompense ni deniers restés en dehors de cette communauté ? N'y aurait-il pas un vaste champ ouvert aux hypothèses ? Le mari ne pourrait-il pas toujours soutenir, d'une manière ou d'une autre, qu'il venait de toucher des deniers à lui propres, et que ce sont ces deniers qu'il a employés ?—Peut-être même évitera-t-on un autre danger encore par l'indication de l'origine des deniers. Qu'on en dispense le mari, et qu'on lui laisse faire simultanément plusieurs acquisitions immobilières excédant la valeur de ses deniers propres avec la simple déclaration d'emploi. Que va-t-il arriver ? S'il ne lui échoit pas de nouveaux deniers propres, le mari pourra revendiquer comme siens les immeubles les plus avantageux jusqu'à concurrence des deniers employés, et laisser les autres à la charge de la communauté, en disant qu'à leur égard il avait entendu faire *un emploi anticipé* qui n'a pas pu se réaliser. On va se récrier : « C'est une fraude évidente ! » Mais puisque vous faites tout dépendre de l'intention d'opérer l'emploi, le mari ne pourra-t-il pas vous dire : « Prouvez-moi que mon intention manifestée d'une manière générale par la déclaration d'emploi a porté actuellement sur tel immeuble plutôt que sur tel autre. » — Après ces nouveaux développements, je me crois autorisé à prétendre que la déclaration de l'origine des deniers est loin d'être sans objet.

3° Le dernier système enfin n'admet la subrogation que si l'acte d'acquisition contient à la fois une déclaration d'emploi et une mention de l'origine des deniers[1]. Il est tout justifié par la critique même des deux autres. Je ne m'y rangerai pourtant pas sans proposer un amendement. Au lieu d'exiger toujours la déclaration de l'origine des deniers, je me contenterais, en cer-

[1] MM. Rodière et Pont, n° 504, I, p. 437 et suiv. — Troplong, II, n°s 1119-1120, II, p. 394-397. — Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 36, p. 65 et suiv. — Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° REMPLOI, § 1, art. 2, n° 36. — Marcadé sur 1434-1435, n° 2. — Cour de Nancy, 26 juin 1833. — Cass., 23 mai 1838 (Dev. et Car., 38, I, p. 525).

tains cas, d'un équivalent. Que le mari fasse la déclaration ordinaire d'emploi, qu'outre cela l'existence de deniers propres se trouve constatée par un écrit, soit authentique, soit sous seing privé ayant date certaine, que leur identité enfin soit clairement prouvée, et rien, à mon sens, ne s'opposera à ce que la subrogation se produise. Sans doute l'identité de deniers propres est loin de suffire si elle n'est pas accompagnée d'une déclaration d'emploi[1]. Mais quand cette déclaration existe à côté d'elle, le but que l'indication de l'origine des deniers doit faire atteindre est atteint par cela même. En veut-on un exemple? On n'a qu'à supposer une acquisition faite (avec déclaration d'emploi) à l'aide d'une créance stipulée propre au mari dans le contrat de mariage; en un cas pareil, indiquer l'origine de la valeur employée ne serait-ce pas chose bien superflue? Lebrun paraît avoir été de cet avis, car il n'impose dans ce cas au mari que l'obligation de déclarer qu'il entend effectuer l'emploi[2].

Rien que quelques mots sur la forme que peut revêtir et l'époque où doit être faite la double déclaration dont l'objet et le but viennent d'être précisés.

La forme n'a rien de sacramentel. Que veut la loi? Que le mari soit définitivement lié, les tiers avertis, toute fraude rendue impossible. Ce résultat atteint, que faut-il de plus[3]?

Quant au temps où la déclaration doit intervenir, la solution à donner ne saurait souffrir plus de difficulté. Ce serait vraiment faire la partie trop belle au mari que de le laisser libre d'ajourner sa déclaration jusqu'au moment qui lui paraîtrait opportun, et de s'approprier ainsi le bénéfice d'acquisitions avantageuses qui semblaient faites originairement pour le compte de la communauté. L'ancien droit déjà exigeait que la déclaration

[1] Cela n'a jamais fait difficulté dans l'ancien droit. Duplessis, par exemple, dit que la subrogation n'a pas lieu, manquant la double déclaration... « quand même l'acquisition aurait été faite le lendemain du contrat. » (Duplessis, *op. cit.*, liv. II, chap. IV, sect. II).— *Adde præsertim* : Brodeau sur Louet, *Lettre R. som.*, 30, annot. A, II, p. 531. — Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 22, p. 313; n° 24, p. 314.

[2] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 68 p. 318.

[3] Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 258-259.— Troplong, II, n° 1123, p. 399. — Rodière et Pont, n° 505, p. 442. — Cass., 23 mai 1838 (Dev. et Car., 38, I, p. 525).

du mari fût faite *in continenti*[1]; l'article 1434 veut, à son exemple, qu'elle ait lieu *lors de l'acquisition*. C'est donc dans le contrat même d'acquisition qu'elle doit être contenue[2].

b. Des biens que le mari peut acquérir en emploi. — Le mari jouit de la latitude la plus grande dans le choix du bien qu'il veut subroger à ses deniers propres. Meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, tout bien pourra être acquis des tiers et servir d'emploi. Mais la femme ne peut ni céder au mari un de ses propres à titre d'emploi, ni consentir à ce qu'au même titre il prenne un bien de la communauté. La première proposition est incontestable : la femme n'est pas tenue et ne sera pas tenue, lors de la dissolution du mariage, de payer sur ses biens personnels la récompense due au mari à raison de ses deniers propres. Rien n'autoriserait donc à faire rentrer la cession d'un propre de la femme dans l'une des exceptions que l'article 1595 apporte à la prohibition de la vente entre époux[3]. Mais la solution me paraît certaine aussi quand la femme veut seulement permettre à son mari de subroger un immeuble de la communauté à une valeur qui lui est propre[4]. Peut-on songer en ce cas à une dation en payement et à une dette personnelle de la femme, comme dans les cas où la vente est exceptionnellement permise entre conjoints?

c. Du temps où l'emploi peut être fait. — Aussi longtemps que dure la communauté, le mari peut faire l'emploi; mais le peut-il faire dès avant le mariage, entre le contrat et la célébration? Je crois que les biens acquis, à ce moment, au moyen de deniers stipulés propres sont subrogés à ces deniers[5], encore

[1] Brodeau sur Louet, *Lettre R.*, som. 30, II, p. 531 (arrêt 23 mars 1611). — Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 27, p. 314-315.— Pothier, *De la communauté*, n° 198, *in fine*. — Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 63, p. 317.

[2] Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 507, note 65, p. 259. — Benech, *op. cit.*, n° 33, p. 59 et suiv. — Troplong, II, n° 1122, p. 398. — Rodière et Pont, I, n° 506, p. 443, etc.

[3] Ce n'est pas sans motif que l'article 1595 parle seulement de la cession faite par le mari.

[4] *Contrà*, Toullier, XII, n° 365, p. 529.

[5] Nous pouvons regarder déjà ces deniers comme propres, car le mariage intervenant, le contrat de mariage a son effet du jour de sa date. Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. X, *Des dots*, p. 95 (édit. 1745).

qu'il n'y ait eu aucune déclaration faite par le mari. Il me paraît d'abord hors de doute que, sous peine de violation de l'article 1395, ces biens ne pourraient tomber dans la communauté qu'à charge de récompense. Mais je vais plus loin et je dis que les biens dont il s'agit sont entièrement exclus de la communauté. Stipuler tels deniers propres au mari, n'est-ce pas lui permettre de les transformer en d'autres valeurs, de les employer à l'acquisition de nouveaux biens auxquels la subrogation imprimera le caractère propre, le tout à la seule condition qu'il manifeste clairement son intention à ce sujet? Sans doute, une fois le mariage célébré, il faut une déclaration expresse, puisque les biens acquis à partir de ce moment sont présumés acquêts; mais avant que la communauté ait commencé à quoi bon une pareille déclaration? Le futur époux devient de toute façon propriétaire du bien payé de ses deniers, et la présomption doit être ici qu'il entend se le réserver propre à leur place.

La question, du reste, ne présente de véritable intérêt que si le bien acquis est un meuble, qui, sans la subrogation, tomberait en communauté. Un immeuble que le mari aurait acheté en serait exclu par son caractère même, sans qu'on puisse se prévaloir en sens contraire de l'article 1404, al. 2 : car, *cessante legis ratione, cessat effectus.*

II. *De l'emploi des deniers propres de la femme.*

a. De la double déclaration. — L'emploi des deniers de la femme exige les mêmes déclarations que celui fait au profit du mari. Il ne doit point y avoir de doute sur l'intention d'opérer la subrogation; de là, la déclaration d'emploi. — L'existence et la valeur des deniers propres doivent être certaines; de là, la nécessité d'indiquer leur origine. Cette indication aura encore pour autre conséquence d'empêcher les avantages que par une déclaration mensongère d'emploi le mari pourrait procurer à sa femme, au détriment de ses créanciers ou de ses héritiers à réserve.

Si ce premier point est généralement admis, il n'en est pas tout à fait de même de cet autre, à savoir : que la déclaration, comme en cas d'emploi des deniers du mari, doit être contenue dans l'acte d'acquisition. On a prétendu qu'elle pouvait se produire *ex intervallo*, en s'autorisant de l'opinion de Dumoulin et en invoquant l'article 1595, *décisif*, a-t-on dit[1].

[1] MM. Rodière et Pont, n° 507, p. 444.—Marcadé sur 1434 et 1435, n° 3.

Il faudrait pourtant en finir une bonne fois avec cette vieille erreur, très-répandue déjà dans l'ancien droit, que Dumoulin se contentait d'une déclaration d'emploi postérieure au contrat d'acquisition pour que la subrogation s'opérât en faveur de la femme. Pas plus que Pothier[1], que Lebrun[2], que Renusson[3], Dumoulin n'a jamais rien enseigné de pareil; les divers passages où l'on a cru découvrir cette doctrine ont trait à une question tout autre, celle de savoir si, en cas d'aliénation d'un de ses propres, la femme avait droit à récompense. Quand Dumoulin écrivait, la coutume de Paris n'avait pas été réformée encore; l'article 232, qui introduisit le *remploi* de plein droit, n'existait pas; on n'accordait dès lors à la femme le droit de reprendre le prix de son propre aliéné que s'il y en avait eu une stipulation expresse lors de la vente. C'est cette stipulation que, dans l'intérêt de la femme, Dumoulin permet de faire même *ex intervallo*, après l'aliénation du propre; il la considère avec raison comme une reconnaissance fort équitable d'une dette de la communauté envers la femme. Pour se convaincre que c'est là l'unique portée des observations du grand jurisconsulte, il suffit de se reporter à leur texte même. Les passages dont on s'est prévalu sont des notes sur les articles 164 de la coutume de Blois et 238 de celle de Bourbonnais.

La coutume de Blois, art. 164, est ainsi conçue[4] :

« Si, constant le mariage de deux conjoints, l'un d'eux vend son héritage propre, l'autre desdits conjoints peut accorder audit vendeur que les deniers qui en istront soient employés en héritage qui sera le propre dudit vendeur, ou que les deniers soient premiers prins par ledit vendeur ou ses hoirs, après le décès de l'un d'iceux. »

Sur les mots *soient premiers prins*, Dumoulin remarque[5] : « Id est super massa communi, non autem super portione « hæredum tantum, et dico quod *consensus* iste fieri potest *ex*

[1] Pothier, *De la communauté*, n° 199, *init.*

[2] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n°s 62-63, p. 316-317.

[3] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 27, p. 314-315.

[4] Coutumier général de Bourdot de Richebourg (1724), III, p. 1059.

[5] « Molinæi notæ solemnes ad consuetudines gallicas. » *Coustumes de Blois*, II, p. 736 (*Opera omnia*. Parisiis, 1681).

« *intervallo*, etiam *in testamento*, quia est *recognitio bonæ fidei* ; « et ita per arrestum judicatum fuit etiam sub consuetudinem « Parisiensem. »

Quant à la coutume de Bourbonnais, art. 238, elle porte [1] : « La femme peut vendre, donner et échanger et autrement aliéner ses héritages de l'autorité de son mary, sans en être récompensée. »

Dumoulin ajoute au mot *récompensée* la note suivante [2] : « Sane « intelligendum ne fiat ad motum viri vel suorum ; maritus « etiam poterit ex intervallo, *fidem agnoscendo, recompensare* « uxorem. »

On le voit, il n'est partout question que de la récompense due à la femme, nulle part de la déclaration d'emploi, sur laquelle Dumoulin ne s'est expliqué positivement en aucune partie de ses œuvres. D'Aguesseau [3] commet une double erreur quand il nous le représente comme s'étant contenté d'abord (dans les passages que nous avons rapportés) d'une déclaration postérieure d'emploi, comme étant revenu plus tard sur sa première opinion dans ses notes sur l'article 225 de la coutume de Melun [4]. L'une de ces affirmations n'est pas plus exacte que l'autre : les notes de Dumoulin sur l'article 225, tout comme cet article lui-même, sont étrangères à la déclaration d'emploi proprement dite. Elles se réfèrent à *la protestation de faire le remploi* que l'ancien droit exigeait au moment de la vente d'un propre, pour que le prix pût plus tard être employé.

Que l'opinion contraire cesse donc d'invoquer Dumoulin ; tout appui lui fait défaut de ce côté-là, de même que nous avons vu déjà qu'elle se met en contradiction avec une doctrine généralement reçue dans l'ancien droit [5]. Mais arrivons à la législation actuelle.

On se prévaut contre nous du silence de l'article 1435, qui ne dit pas expressément que la déclaration doit être faite *in conti-*

[1] *Coutumier général*, III, p. 1250.

[2] « Molinæi notæ solemnes. » *Coustume de Bourbonnais*, II, p. 743.

[3] D'Aguesseau, 27e plaidoyer, p. 644-645.

[4] *Coutumier général*, III, p. 449. — « Molinæi notæ solemnes. » *Coustume de Melun*, II, p. 697.

[5] Cf. Lebrun, Pothier, Renusson, *locc. citt.* — Duplessis, *De la communauté*, liv. II, sect. II, etc.

nenti. — Mais il n'avait pas à le dire : son unique but était de compléter l'article précédent, d'exiger, outre la déclaration dont il avait été parlé dans ce texte, l'acceptation de la femme pour le compte de qui l'emploi est fait. Ç'aurait été une superfétation que de rappeler les conditions de la déclaration elle-même.

Sans doute, il n'y a pas à craindre, au cas qui nous occupe, que le mari cherche à s'enrichir au détriment de la communauté; mais un autre danger peut se présenter, c'est que le mari veuille avantager sa femme au préjudice de ses créanciers à lui. — Il achète un immeuble, sans déclaration aucune; l'immeuble augmente de valeur ; des accessions viennent s'y joindre; puis seulement il déclare que l'acquisition a été faite en emploi des deniers propres de sa femme. Si vous donnez effet à cette déclaration tardive, si vous dites qu'il se produira une subrogation, ayant date entre les parties du jour de l'acquisition, voyez donc où vous en arrivez! La femme va prendre l'immeuble, tel qu'il se trouve, pour le prix porté au contrat, Et que pourront à cela les tiers qui ont traité avec le mari, comptant de bonne foi sur l'immeuble, ou seulement sur son augmentation de valeur? Ne faut-il pas, pour que l'on puisse attacher une telle efficacité à la déclaration, qu'ils soient avertis dès l'instant de l'acquisition?

L'article 558 du Code de commerce confirme notre système, Il ne constitue nullement une exception expressément faite par la loi pour le cas de faillite du mari, comme le voudraient MM. Pont et Rodière : il consacre certainement le principe que ceux qui contractent avec le mari doivent être renseignés sur la qualité des biens qu'il possède, si l'on veut exhiber plus tard de cette qualité contre eux. Comment ce principe serait-il spécial à la faillite?

Un dernier argument reste; on y attache un grand prix, on nous l'oppose avec confiance, on l'appelle *décisif!* De ce que le mari est autorisé par l'article 1595, al. 2, à céder un de ses immeubles en emploi des deniers propres de sa femme, on conclut que la déclaration peut n'intervenir qu'après l'acquisition. Le raisonnement est simple : si un immeuble acquis par le mari sans déclaration d'emploi peut devenir propre de la femme par une cession qui lui est faite plus tard, pourquoi la subrogation ne s'opérerait-elle pas de même en cas de déclaration posté-

rieure? Une telle déclaration ne peut-elle pas être regardée comme une cession? — Sans doute, rien ne s'oppose à ce qu'une déclaration faite *ex intervallo* produise les mêmes effets qu'une cession faite au même moment, mais cette cession ne produit pas les mêmes effets qu'une déclaration faite *in continenti*. Voilà ce que n'ont pas vu nos adversaires, et ce qui détruit leur argumentation. Quand le mari acquiert un immeuble avec la déclaration que c'est en emploi des deniers de sa femme, la subrogation se produit immédiatement; la femme, une fois qu'elle a accepté, est censée propriétaire du moment même de l'achat (sauf les droits réels concédés par le mari à des tiers avant l'acceptation); les accessions, les augmentations de valeur lui profitent, et les créanciers du mari seront malvenus, lors de la dissolution de la communauté, à soutenir que la femme prend l'immeuble à des conditions trop avantageuses. Au contraire, s'il n'y a eu qu'une cession postérieure à l'acquisition de l'immeuble par le mari, la subrogation ne remonte pas, quant à ses effets, au jour de cette acquisition : c'est la vente, la cession consentie à la femme qui constitue l'emploi et transfère la propriété *ex nunc*. Au cas donc où le mari voudrait céder l'immeuble pour un prix égal à celui porté dans le contrat d'acquisition, mais inférieur à la valeur actuelle, ses créanciers pourraient attaquer la cession comme faite en fraude de leurs droits et le contraindre, le cas échéant, à exercer l'action en rescision pour lésion (art. 1166-1167). De plus, ses héritiers réservataires seraient recevables à soutenir que la cession constitue pour la femme un avantage indirect (art. 1595, al. dern.).

On le voit, si même l'on accorde qu'une déclaration peut être traitée comme une cession, il ne sera pas dit par là qu'elle équivaut à une déclaration faite *in continenti*. Cette dernière est indispensable pour qu'il se produise un véritable emploi[1].

b. De l'acceptation de l'emploi par la femme. — Outre la déclaration d'emploi et l'indication de l'origine des deniers, il faut ici, pour que le bien acquis soit subrogé à l'argent propre, le consentement de la personne que cette subrogation intéresse

1 Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 259, note 65.— Troplong, nos 1117 et 1122. — Benech, *op. cit.*, no 35, p. 58 et suiv. — Rolland de Villargues, vo Remploi, no 38. — Duranton, XIV, nos 392 et 396. — Bourges, 26 avril 1837 (Dev. et Car., 37, II, p. 359).

le plus directement, l'*acceptation de la femme*. Le mari peut offrir à sa femme le moyen de faire un emploi, en acquérant un bien susceptible de prendre la place de ses deniers propres. Mais là doit s'arrêter son pouvoir. Lui, qui n'a pas le droit de vendre seul un immeuble propre de sa femme, pourrait-il avoir celui d'imposer son acquisition à cette dernière, de la rendre propriétaire malgré elle, d'employer son argent sans même prendre son avis ?

Rien ne s'explique donc mieux que cette disposition des articles 1435 et 1493, al. 2, qui exigent l'acceptation de la femme comme condition de l'emploi de ses deniers. Du reste, ce n'est pas là un principe nouveau : l'ancien droit le connaissait et l'appliquait depuis longtemps. — Au seizième siècle déjà, Guy Coquille écrivait : « Le plus sûr est, quand tel emploi se fait, que le mari ne fasse rien sans la volonté et consentement de sa femme [1]. » Ceci n'était dit que du cas où l'emploi avait été stipulé dans le contrat de mariage, mais ce devait être vrai, à plus forte raison, de celui qui nous occupe. — Aux siècles suivants, cette doctrine s'affirma avec une netteté très-grande ; point d'acceptation, point de subrogation. Renusson [2], Lebrun [3], Duplessis [4] et, en dernier lieu, Pothier [5] s'expriment à ce sujet de la manière la plus précise.

Pour l'explication de cette condition spéciale de l'emploi, nous nous bornerons à examiner les deux points que voici : 1° A quelle époque l'acceptation doit-elle être faite pour opérer subrogation ? — 2° Dans quelles formes doit-elle avoir lieu ?

1° *A quelle époque l'acceptation doit-elle être faite ?* — L'acceptation de la femme n'a pas besoin, comme la déclaration d'emploi, d'être faite au moment même de l'acquisition, elle peut intervenir *ex intervallo*. Cela ne faisait pas difficulté dans

[1] Guy Coquille, *Questions et réponses sur les coutumes*, question 286, II, p. 314-315 (édit. Bordeaux, 1703).

[2] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 25, p. 314.

[3] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 65, p. 317 ; liv. I, chap. V, sect. II, n° 7, dist. 3, p. 108.

[4] Duplessis, *Traités sur la coutume de Paris. Communauté*, liv. II, sect. II, p. 471 (édit. 1699).

[5] Pothier, *De la communauté*, n°s 199 et suiv.

l'ancien droit[1], cela n'en fait pas davantage sous l'empire du Code[2]. Ne faut-il pas, en effet, accorder un certain délai à la femme pour qu'elle puisse se renseigner sur les avantages ou les inconvénients que l'acquisition pourra présenter? Et les tiers ne sont-ils pas suffisamment avertis déjà par la déclaration d'emploi?

Mais on doit se demander alors si l'acceptation sera toujours possible, ou bien s'il n'arrivera pas un moment où elle serait tardivement faite? La règle me paraît être la suivante : La femme a le droit d'accepter l'emploi jusqu'à la dissolution de la communauté, à moins que le mari n'ait retiré auparavant l'offre qu'il lui avait faite.

Et d'abord, l'acceptation ne peut plus avoir lieu après la dissolution de la communauté. — Notre opinion, sur ce point, rencontre des contradicteurs. Dans l'ancien droit déjà elle n'était pas partagée par tout le monde ; et bien que de nombreux auteurs l'enseignassent[3], Pothier avait préféré ne pas se prononcer[4]. — Au conseil d'État, la question fut soulevée à propos de l'article 1435 et une assez vive discussion s'engagea. On réclama pour la femme le droit d'accepter après la dissolution de la communauté ; quelques voix appuyèrent cette proposition en la restreignant au cas où la femme n'avait pas eu connaissance, pendant le mariage, de la déclaration d'emploi faite en sa faveur. Finalement, la majorité du conseil d'État s'en tint au principe qu'une acceptation postérieure à la dissolution ne peut qu'être tardive[5].

Cette intention du législateur, à défaut des travaux prépara-

[1] Boucher d'Argis sur Bretonnier, *Questions de droit*, v° SUBROGATION, p. 365 (édit. 1783).— Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n^os 66-67, p. 317-318. — Pothier, *De la communauté*, n° 200.

[2] MM. Troplong, n^os 1118-1125. — Pont et Rodière, n° 509, p. 445. — Benech, n° 44, p. 117. — Duranton, XIV, n° 393. — Malleville sur l'article 1435, III, p 246, etc. — *Contrà*, Delvincourt, III, note 2, p. 62.

[3] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 67, p. 318. — Duplessis, *Communauté*, liv. II, chap. IV, sect. II, p. 472-473. — Valin, *Nouveau Commentaire sur la coutume de la Rochelle*, II, p. 618 (édit. 1756).

[4] Pothier, *De la communauté*, n° 200.

[5] Séance du 6 vendémiaire an XII (Locré, *Législation*, XIII, p. 193 et suiv., n° 16. — Malleville, *Analyse raisonnée*, III, p. 245-246).

toires, ressortirait clairement du seul texte de l'article 1435. Après nous avoir appris que l'emploi doit être accepté par la femme, on ajoute : « Si elle ne l'a pas accepté, elle a seulement droit, *lors de la dissolution de la communauté*, à la reprise du prix... » A quel moment donc faut-il apprécier, d'après l'article 1435, l'efficacité ou la non-efficacité de l'emploi ? Uniquement lors de la dissolution de la communauté. N'est-ce pas dire qu'après cette dissolution l'acceptation et la non-acceptation sont également indifférentes, que la déclaration d'emploi est censée n'avoir jamais eu lieu ? Si l'acceptation postérieure pouvait encore opérer subrogation, comment serait-il exact de dire, en se plaçant à l'époque de la dissolution du mariage, que la femme ne peut plus jamais avoir qu'une créance de reprise ?

Du reste, rien de plus juste que cette barrière opposée à la faculté d'accepter de la femme. Dans une opération aussi aléatoire que l'emploi, les deux parties doivent avoir des risques à courir ; or permettez à la femme d'accepter encore, une fois la communauté dissoute, et vous mettrez toutes les chances de perte du côté du mari et de ses créanciers, sans leur laisser aucun espoir de profiter de l'acquisition faite ; tandis que la femme optera, en parfaite connaissance de cause, pour le parti qui lui sera le plus avantageux. Et puis ne faut-il pas que les tiers soient une bonne fois fixés sur la qualité qui doit rester au bien acquis ? — A cela on objecte qu'en nous engageant sur ce terrain, nous serons logiquement conduit à exiger une acceptation *in continenti*. Quelle différence pourrons-nous faire entre l'acceptation qui précède et celle qui suit de quelques jours la dissolution de la communauté [1] ? — Cette objection ne nous touche pas. Si l'acceptation n'est possible que durant la communauté, la femme pourra-t-elle attendre le dernier moment pour la faire ? Saura-t-elle à l'avance l'époque où la dissolution arrivera ? Ne se hâtera-t-elle pas d'accepter l'emploi dès qu'elle croira y voir un intérêt sérieux ? De cette manière, le mari ne sera plus seul à supporter des risques, et la qualité du bien ne restera pas trop longtemps en suspens.

En décidant que l'acceptation de la femme doit être faite

[1] MM. Pont et Rodière, I, n° 509, p. 447-448.

avant la dissolution de la communauté [1], nous rejetons également et le système de ceux qui se contentent toujours d'une acceptation postérieure [2] et l'opinion nouvelle de MM. Rodière et Pont qui veulent que l'offre faite à la femme soit considérée comme éteinte par la mort du mari, mais qu'en dehors de ce cas, l'acceptation soit efficace à quelque époque qu'elle se produise [3].

D'après la deuxième partie de notre règle, l'acceptation doit être faite avant toute révocation de la déclaration d'emploi. La femme n'aurait aucun droit sur le bien acquis de ses deniers propres s'il n'y avait pas eu de déclaration d'emploi; le bien deviendrait conquêt, et elle se trouverait réduite à une créance, exigible seulement lors de la dissolution de la communauté. La déclaration d'emploi constitue donc une offre de payement anticipé que le mari n'était nullement obligé de faire, et qu'il est libre, par suite, de révoquer tant qu'elle n'a pas été acceptée par la femme. Cette révocation pourra être totale ou partielle, expresse ou tacite. Une révocation tacite totale sera l'aliénation par le mari du bien qu'il avait destiné d'abord à l'emploi; une révocation partielle, la concession de droits réels sur ce bien. Dans le dernier cas, rien ne s'oppose à ce que la femme accepte encore l'emploi; seulement la subrogation ne rendra l'immeuble propre que sous la réserve des droits accordés aux tiers. De même dans toutes autres hypothèses de révocation partielle.

2° *Des conditions de forme de l'acceptation.* — 1. Il faut et il suffit que la volonté d'accepter soit certaine.

Une acceptation expresse n'est donc pas nécessaire. Il est vrai que la loi semble condamner cette manière de voir, l'article 1435 portant que le remploi doit être *formellement* accepté; il est vrai encore que dans l'ancien droit Bourjon écrivait : « A l'égard de la femme, son action de remploi ne cesse que lorsqu'elle a accepté le remploi... et il faut que cette acceptation soit *for-*

[1] Cf. *dans notre sens :* MM. Aubry et Rau, IV, § 507, note 70, p. 261. — Troplong, II, n° 1118, p. 393; n° 1126, p. 401-402. — Malleville, *Analyse raisonnée*, III, p. 245-246. — Benech, n° 93, p. 217-219. — Rolland de Villargues, *Répert.*, v° Remploi, n° 47. — Duranton, XIV, n° 393, p. 528 et suiv.

[2] Voir surtout Battur, *Traité de la communauté*, I, n° 211 (1829).

[3] MM. Pont et Rodière, I, n° 509, p. 447-448.

melle[1]. » Malgré cela, je crois que l'on irait trop loin si l'on décidait avec M. Benech qu'une acceptation tacite ne saurait en aucun cas suffire[2]. Pourquoi donc ce rigorisme extrême? Pourquoi ôter leur signification à des faits, à des circonstances qui parlent, qui sont une expression aussi certaine de la volonté de la femme que toutes les déclarations qu'elle pourrait faire? Le but que l'acceptation a pour mission de remplir n'est-il pas rempli? Les tribunaux ne discerneront-ils pas aisément les cas où la femme a évidemment entendu consentir à la subrogation de ceux où son consentement est douteux? — Je dis « où son consentement est *douteux* »: un simple doute en effet, la moindre incertitude sur l'intention de la femme devront faire obstacle à la subrogation. Si l'on peut se contenter d'une acceptation tacite, au moins faut-il qu'elle soit certaine; le décider autrement, ce serait livrer à l'arbitraire une matière qui demande la plus grande précision, ce serait heurter de front et le texte de l'article 1435 et l'esprit qui a présidé à sa rédaction, ce serait enlever à la femme les garanties que le législateur, en exigeant son acceptation, a voulu lui assurer.

Je ne verrai pas, d'après cela, une acceptation tacite dans la seule circonstance que la femme aurait été présente à l'achat ou qu'elle aurait même signé le contrat d'acquisition. Ne peut-on pas lui prêter une intention tout autre que celle d'accepter? N'a-t-elle pas pu vouloir garantir au vendeur le payement de son prix ou s'assurer de la sincérité de la convention? Il y a plus : je veux même qu'elle ait manifesté par sa présence son *désir* d'accepter l'emploi; est-ce à dire pour cela qu'elle se trouvera immédiatement liée? Ne faut-il pas présumer, s'il n'appert clairement du contraire, que, tout en avertissant les tiers de son intention d'accepter, elle veut se réserver un certain temps avant de le faire, pour se conseiller sur les avantages et les inconvénients probables de la subrogation[3]? Pothier, sans doute, se contentait de la présence de la femme ou de sa *souscription* au contrat : l'une et l'autre lui paraissaient une suffisante ac-

[1] Bourjon, *Droit commun de la France. Communauté*, VIe partie, chap. II, sect. IV, dist. 2, n° 72, I, p. 621.

[2] M. Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 43, p. 113-117.

[3] La faculté d'accepter *ex intervallo* est un véritable bénéfice accordé à la femme, dans l'intérêt de sa fortune personnelle : on ne doit donc admettre que difficilement l'abdication de cette faculté.

ceptation[1]; mais d'autres auteurs se montraient à bon droit plus rigoureux. Duplessis estimait « qu'il est nécessaire que la femme *parle* au contrat d'acquest où tel employ ou remploy de ses deniers propres ou provenant de ses propres est stipulé, et qu'elle y *consente* afin qu'il ait lieu[2]. » Lebrun me semble professer une opinion diamétralement opposée à celle de Pothier[3]. Bourjon enfin, comme nous l'avons vu, demande une acceptation *formelle*[4]. Et c'est précisément la même expression que nous trouvons dans l'article 1435. Je crois donc hors de doute que les rédacteurs du Code, tout en n'exigeant pas une acceptation *expresse*, ont voulu rejeter l'opinion de Pothier pour adopter celle de Duplessis, de Lebrun, de Bourjon, qui tous demandaient une manifestation de volonté sur laquelle la moindre incertitude ne fût pas possible[5].

II. L'acceptation ne peut être partielle. — Si le mari a fait, avec déclaration d'emploi, plusieurs acquisitions successives, l'acceptation intervenant après la dernière s'appliquera à toutes. Comment permettre à la femme de scinder l'offre qui lui est faite, de prendre pour elle les achats avantageux, de laisser les autres à la charge du mari[6]? Il va sans dire que notre règle est étrangère au cas où, après une première acceptation, une nouvelle acquisition en emploi serait faite : la femme sera parfaitement maîtresse de refuser cette acquisition nouvelle. Il n'y a pas ici un emploi, mais plusieurs.

III. L'acceptation doit avoir acquis date certaine pour qu'on puisse l'opposer aux tiers[7]. — Mais nous n'exigerons l'authenticité en aucun cas[8].

[1] Pothier, *De la communauté*, n° 200, *in fine*.

[2] Duplessis, *Traités sur la coutume de Paris. Communauté*, liv. II, sect. II, p. 471.

[3] Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, n°s 69-72, p. 318-319.

[4] Bourjon, *loc. cit.*

[5] *Contrà*, MM. Aubry et Rau, IV, § 507, note 66, p. 260. — Troplong, II, n° 1129, p. 403-405. — Odier, I, n° 323. — Bruxelles, 10 février 1812. — Cass., 17 août 1813, etc. — *Dans notre sens :* MM. Pont et Rodière, n° 510, p. 449-450.

[6] Cf. l. 16, *De admin. et per. tut.* (26,7).

[7] Cf. MM. Benech, n° 46, p. 119. — Troplong, II, n° 1132, p. 406. — Pont et Rodière, I, n° 510, p. 450.

[8] Cf. MM. Pont et Rodière, *loc. cit.* — Troplong, *loc. cit.* — *Contrà*, MM. Duranton, XIV, n° 394. — Odier, I, n° 323.

B. *Effets de la subrogation que produit l'emploi.* — Tout se passe comme au cas où le prix subrogé à un propre vendu n'est pas versé dans la communauté. Il suffira de rappeler quelques points essentiels.

Le conjoint pour lequel l'emploi est fait devient propriétaire du bien acquis, et par suite :

1° Il perd tout droit de créance contre la communauté, à raison de la valeur propre employée, même pour le cas où le bien acquis en emploi périrait ou diminuerait considérablement de prix. Réciproquement aussi, tout ce qui augmente ce bien lui profite à l'exclusion de la communauté ;

2° Si l'emploi a été fait de deniers propres de la femme, le bien subrogé ne pourra être saisi par les créanciers du mari ou de la communauté, sous le bénéfice seulement des observations présentées par nous au précédent paragraphe ;

3° Le bien acquis en emploi est repris par l'époux par préférence aux créanciers communs.

Il reste à nous demander quelle est l'étendue de la subrogation que l'emploi fait naître et de quelle époque elle peut dater.

Quelle est l'étendue de la subrogation ? — Ou bien le prix est entièrement payé de deniers propres ou bien ces deniers n'en ont pu couvrir qu'une partie. Au premier cas, le bien nouveau devient propre pour le tout ; dans le second cas, il ne le devient que jusqu'à concurrence des deniers employés ; il appartient à la communauté pour le surplus. Si l'excédant du prix sur les deniers propres était pourtant de peu d'importance, il serait naturel de présumer que les parties ont entendu le considérer lui-même comme propre et donner naissance à une subrogation qui embrasse tout le bien acquis [1]. Le Code ne s'en explique pas ; mais Pothier est si précis [2] et l'ancien droit en général consacrait si expressément cette règle [3], qu'on ne peut se méprendre sur le silence des rédacteurs [4].

[1] Il va sans dire que l'époux auquel la subrogation profite sera tenu à récompense envers la communauté.

[2] Pothier, *De la communauté*, n° 198.

[3] Cf., par exemple, *Coutume de Bourbonnais*, art. 239 (*Coutumier général*, III, p. 1250).

[4] Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 264. — Troplong, II, n° 1151, p. 424, etc.

De quelle époque date la subrogation? — La question se présente à l'égard de l'emploi des deniers propres de la femme, cet emploi n'étant parfait que par l'acceptation et celle-ci pouvant avoir lieu *ex intervallo*. Je crois que la subrogation produit effet du jour de l'acquisition, comme au cas d'emploi des deniers propres du mari. — La déclaration d'emploi opère subrogation sous la condition *suspensive* de l'acceptation de la femme, et affecte ainsi la propriété du mari d'une condition *résolutoire*. Sans doute, cette résolution présente cela de particulier qu'elle ne peut faire tomber les droits réels concédés dans l'intervalle à des tiers, qu'elle ne peut donner lieu à l'application de la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, puisque la déclaration d'emploi, émanant du libre arbitre du mari, peut être retirée par lui partiellement comme elle peut l'être pour le tout Mais, abstraction faite de ces révocations, quand l'acceptation de la femme intervient, la condition se réalise, la subrogation est censée s'être produite au moment même où la déclaration a été faite, le bien censé devenu propre dès cet instant ; de sorte que les créanciers de la communauté, ceux mêmes qui dans l'intervalle ont acquis des hypothèques légales ou judiciaires, n'ont aucuns droits sur ce bien. — Si l'on n'admettait pas cette rétroactivité, si l'on n'admettait pas que la subrogation est engendrée par la déclaration du mari, sous la condition suspensive de l'acceptation (ce qui, soit dit en passant, se concilie fort bien avec les termes de l'article 1435), en vertu de quel titre la propriété serait-elle transférée à la femme? Ce pourrait être à titre de dation en payement. Mais pourquoi cette dation ne serait-elle pas traitée comme toute cession ordinaire, pourquoi ne serait-elle pas gouvernée par les règles que nous avons vues appliquées à celle de l'article 1595, al. 2[1]? Et si l'on allait effectivement jusqu'à prétendre que les mêmes principes doivent être admis dans notre cas, quelle serait, je le demande, l'utilité de l'article 1435?

On a voulu expliquer encore la rétroactivité de l'acceptation en regardant le mari comme *negotiorum gestor* ou même comme

[1] Pourquoi notamment le montant des deniers propres nécessaires à l'emploi serait-il déterminé sur le pied de l'acquisition et non d'après la valeur du bien au moment de l'acceptation?

mandataire, l'acceptation contenant ratification[1]. Mais le mari peut-il tout seul, soit en qualité de mandataire, soit en qualité de *negotiorum gestor* surtout, subroger un bien aux deniers propres de sa femme ? — Ce doute même à part, pourquoi chercher si loin l'idée de mandat ou de gestion d'affaires, quand il suffit de remarquer que le bénéfice accordé à la femme de n'accepter qu'après mûre délibération ne devant pas pouvoir se retourner contre elle, il faut faire produire à l'acceptation, qui a eu lieu *ex intervallo,* les mêmes effets que si elle avait été faite au moment même de l'acquisition ?

II. *De l'emploi stipulé dans le contrat de mariage.* — C'était une clause du contrat de mariage bien fréquente dans l'ancien droit que celle appelée alors *stipulation d'emploi* et *destination de deniers* en achat d'héritage. Dès le seizième siècle, les écrits des jurisconsultes en font foi ; d'Argentré disait de cette clause : *Creberrima exempla in usu sunt*[2] ; Guy Coquille attestait qu'« ordinairement les femmes apportaient leur dot en deniers, et que la coutume était de convenir que partie de ces deniers dotaux serait employée en achat d'héritage propre pour elle et les siens[3]. » — Renusson écrivait plus tard qu'« il est apposé *très-souvent* dans les contrats de mariage une clause, par laquelle on stipule que les deniers ou autres effets mobiliers seront employés en achat d'héritage[4]. » — Enfin la coutume de Paris et celle d'Orléans, et elles n'étaient pas les seules[5], contenaient à ce sujet des dispositions expresses[6].

L'effet immédiat de la stipulation était de réaliser les deniers qui en faisaient l'objet, de les réserver propres à l'un des époux. C'était là un point universellement reconnu, que la coutume l'eût ou non expressément consacré[7]. Renusson nous l'apprend

[1] Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires,* nos 89-96. — Cf. Pothier, *De la communauté,* n° 200. — D'Aguesseau, *Œuvres,* II, p. 464, plaidoyer 27 (édit. Pardessus).

[2] D'Argentré sur Bretagne, art. 408.

[3] Guy Coquille, *Questions et Réponses sur les articles des coutumes,* rép. 112, II, p. 199 (Bordeaux, 1703).

[4] Renusson, *Des propres,* chap. VI, sect. VII, n° 1, p. 308.

[5] Cf. Laon. art. 111 (*Cout. général,* II, p. 463). — Nivernais, chap. XXIII, art. 17 (Guy Coquille, II, p. 226), etc.

[6] Paris, art. 93. — Orléans, art. 350.

[7] Cf. mêmes coutumes, plus Normandie, art. 497 (*Cout. général,* IV, p. 72), etc.

de la façon la plus positive : « C'est un droit commun dans la France coutumière que deniers destinés par contrat de mariage, encore qu'ils n'aient été employés, sont réputés immeubles à cause de la destination... Tous les docteurs sont convenus que cette destination ou stipulation d'emploi empêche que les deniers n'entrent en la communauté, et que cela doit avoir lieu même dans les coutumes qui n'en contiennent aucune disposition [1]. »

D'autre part, quand l'emploi avait lieu, les biens acquis devenaient propres par subrogation, pourvu que les conditions dont il sera bientôt parlé fussent remplies [2].

Tel était l'ancien droit : le système du Code serait-il différent? Comment admettre que les rédacteurs aient voulu proscrire une clause qui, en vigueur pendant plusieurs siècles, n'avait donné lieu ni à difficultés ni à protestations? Leur silence est de nulle importance : la stipulation d'emploi rentre dans les termes généraux de l'article 1500, al. 1, qui permet aux époux d'insérer dans leur contrat de mariage toute clause de réalisation, soit expresse, soit tacite.

Comme dans l'ancien droit, le premier effet de la stipulation d'emploi est de rendre propres les deniers sur lesquels elle porte [3]. Ces deniers réalisés, les biens acquis au moyen d'eux deviendront propres par subrogation, si l'on s'est conformé aux prescriptions du contrat de mariage et si, de plus, les conditions ordinaires de l'emploi ont été observées; pourquoi, en effet, ces acquisitions seraient-elles traitées autrement que celles faites à l'aide de tous deniers propres quelconques?

L'emploi stipulé est-il obligatoire ou facultatif pour le mari? — Je crois qu'il convient de distinguer. — Si le contrat de mariage ne contient qu'une simple stipulation d'emploi, le principal but de la femme a été de se réserver propre sa fortune

[1] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 5, p. 309.— Cf. Pothier, *De la communauté*, n° 316.— Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 3, n° 8, p. 329.

[2] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n° 19, p. 313.— Duplessis, *De la communauté*, p. 473. — *Coutume de Chauny*, art. 23 (*Cout. général*, II, p. 679). — *Coutume de Sedan*, art. 38 (*Cout. général*, II, p. 822), etc.

[3] MM. Aubry et Rau, IV, § 523, 2°, p. 390. — Troplong, III, n° 1948, p. 464. — Pont et Rodière, II, n° 67, p. 59-60.

mobilière ou partie de celle-ci ; accessoirement elle a manifesté le *désir* qu'il en fût fait emploi. Sur ce dernier point, elle a dû s'en remettre à la prudence de son époux, le laisser libre de choisir l'emploi, de le faire à l'époque qu'il jugerait convenable, ou même de ne pas le faire du tout, si ce parti lui paraissait plus sûr. Dès lors, ne s'est-elle pas interdit toute immixtion dans la gestion du mari, toute action qui pourrait l'entraver et amener un emploi souvent inopportun? — Mais pourquoi la femme ne pourrait elle pas manifester une intention toute différente, se réserver expressément une action pour, le cas échéant, contraindre son mari à l'emploi des deniers? Il me semblerait bien exorbitant de ne pas donner effet à une pareille clause, si elle est portée au contrat de mariage. Qu'est-ce qui empêche la femme de restreindre les pouvoirs d'administration que le mari peut avoir sur ses biens propres? — Ce n'est pas l'article 1388 assurément.

Quand M. Troplong a écrit que « la stipulation de remploi n'est pas armée de contrainte extraordinaire pendant le mariage[1], » il a certainement perdu de vue le cas d'une convention expresse ; il l'a perdu de vue aussi quand il a cité nos anciens jurisconsultes à l'appui de sa thèse[2], quand il a dit qu'*à sa connaissance* les idées qu'il met en avant « n'ont jamais été contestées d'une manière sérieuse dans l'ancien droit[3] » : car il n'a rapporté que des passages ayant trait à la simple stipulation d'emploi, et il a oublié que Renusson faisait très-clairement la distinction que nous proposons. Voici, en effet, ce que nous dit cet auteur[4] : « ... La *simple* destination et stipulation d'emploi en achat d'héritages n'oblige point le mari d'acheter des héritages et d'y employer les deniers dotaux de sa femme. Il faudrait que le mari s'y fût obligé par une *clause expresse* ; car les obligations ne se présument pas..., de sorte que, quand il n'y a qu'une simple destination et stipulation d'emploi en achat d'héritages, il est véritable de dire que l'intention des parties n'a été que d'exclure de la communauté les effets mobiliers... Autre chose est quand, de la part de la femme, on n'est pas

[1] M. Troplong, *Contrat de mariage*, II, n° 1073, p. 332.
[2] Même, n° 1073, p. 330–331.
[3] Même, n° 1075, p. 334.
[4] Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, n°s 16-17, p. 312.

resté aux termes d'une simple destination et stipulation en achat d'héritages, qu'on a passé plus avant et que, par une *clause expresse* et *particulière*, on a stipulé que le mari emploierait les deniers dotaux de la femme..., car, en ce cas, il semble que c'est une *obligation* que le mari a contractée. »

Donc, quand cette faculté résultera pour elle des termes exprès du contrat de mariage, la femme pourra contraindre son mari à subroger des immeubles aux deniers dont elle avait stipulé l'emploi. Je crois, de plus, que les tiers entre les mains desquels ses deniers se trouvent ne doivent point les remettre au mari, sans veiller à ce qu'il en soit fait un emploi utile. Le mari, à raison de l'obligation qui lui incombe, ne peut valablement quittancer les deniers de la femme, s'il n'en fait emploi ; les tiers ne sont donc pas libérés par un payement effectué entre ses mains, ils ne le sont que par la subrogation d'un immeuble aux deniers propres qu'ils détenaient. C'est une dérogation aux règles ordinaires de la communauté, mais une dérogation qui a sa source dans le contrat de mariage, où les parties sont libres de faire toutes conventions non contraires aux articles 1387 et suiv.[1], et que les tiers sont toujours censés connaître.

Nous avons dit déjà que les conditions des articles 1434 et 1435 sont nécessaires à la validité de l'emploi stipulé dans le contrat de mariage. Il convient de revenir quelque peu là-dessus, et d'indiquer en même temps ce qui, dans certains cas, peut tenir lieu de l'accomplissement de ces conditions.

Conditions de la subrogation en cas de stipulation d'emploi.

A. *De la stipulation d'emploi pure et simple.* — La stipulation *pure et simple* est celle qui ne contient aucune mention spéciale des biens auxquels la subrogation doit s'appliquer. L'emploi effectué en vertu d'une pareille clause devra réunir toutes les conditions précédemment étudiées, même l'acceptation ; car, pour avoir chargé son mari d'employer ses deniers, la femme n'a pas abdiqué le droit de contrôler cet emploi, de le refuser s'il lui paraissait désavantageux. Nos anciens auteurs n'éprouvaient aucune hésitation sur ce point; c'est même spé-

[1] MM. Aubry et Rau, IV, § 510, note 10, p. 292-293. — Pont et Rodière, I, n° 522, *in fine*, p. 471. — *Contrà*, M. Troplong, II, n° 1085, p. 366.

cialement pour le cas de stipulation dans le contrat de mariage qu'ils ont déterminé les conditions de l'emploi[1].

Ainsi, une stipulation pure et simple ayant été faite, la femme ne pourra pas prétendre, lors de la dissolution de la communauté, que des immeubles acquis pendant le mariage sans la double déclaration de l'article 1435 se trouvent subrogés à ses deniers propres; elle ne pourra le prétendre ni à l'égard des *premières acquisitions* faites depuis le contrat de mariage, ni à l'égard de celles qui ont suivi. Dans les unes, comme dans les autres, l'intention du mari de donner naissance à la subrogation est loin d'être établie aussi clairement qu'elle aurait besoin de l'être; de plus, l'acceptation de la femme est tardive. C'est un point qui ne peut plus faire difficulté, et qui, depuis longtemps, n'en faisait plus dans l'ancien droit[2]. — Nous allons voir pourtant qu'il est certains cas où la solution doit être différente, où les premières acquisitions notamment sont subrogées de plein droit aux deniers dont l'emploi avait été stipulé.

B. *De la clause que les premières acquisitions doivent servir d'emploi.* — Au lieu de se contenter d'une stipulation pure et simple d'emploi, les époux ont pu convenir, dans leur contrat de mariage, que les premières acquisitions qui seraient faites serviraient à l'un ou à l'autre d'emploi de ses deniers propres.

Si cette clause a été écrite dans l'intérêt du mari, la subrogation s'opérera immédiatement et de plein droit au moment de l'acquisition.

[1] Cf. Duplessis, *Traités sur la coutume de Paris. Communauté*, liv. II, chap. IV, sect. II, p. 473 et suiv. — Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. II, sect. I, dist. 2, nos 68-69 et suiv., p. 318-319. — Renusson, *Des propres*, chap. VI, sect. VII, nos 19 et suiv., p. 313-314.

[2] Je ne connais guère que Guy Coquille et Chopin qui aient regardé les *premières acquisitions* comme subrogées aux deniers soumis à une clause d'emploi. Guy Coquille dit expressément : « Le premier conquest que le mary fait après les deniers dotaux est présumé l'employ d'iceux. » (Guy Coquille sur Nivernais, chap. XXIII, art. 12, p. 222). — Chopin rapporte deux arrêts qui ont jugé en ce sens (*De privilegiis rusticorum*, liv. III, chap. X). — Mais dès le seizième siècle aussi, Charondas enseignait le contraire (Charondas le Caron, *Réponses sur le droit français*, liv. XII, rép. 20, II, p. 589), et la jurisprudence admettait cette opinion nouvelle. Arrêt du 25 mars 1578 (Charondas, *loc. cit.*). — Arrêt du 28 mai 1599 (Louet, *lettre H*, som. 21, nos 1-2). Tous les auteurs s'y rangèrent alors. — Duplessis, *loc. cit.* — Renusson, *loc. cit.* — Bourjon, I, p. 621, etc.

S'agit-il, au contraire, de l'emploi des deniers de la femme, son acceptation est indispensable ; seulement, elle n'aura à se prononcer qu'après la dissolution de la communauté. N'est-ce pas l'intérêt seul de la femme qu'on a eu en vue ? L'unique but des parties n'a-t-il pas été de lui assurer l'emploi de ses deniers propres, de permettre qu'elle prenne pour elle certains biens sans déclaration d'emploi, en les regardant comme subrogés à ses deniers ?

C'est donc une faculté ! c'est donc un droit ! Le bon sens l'indique. S'il n'en était pas ainsi, la porte serait ouverte à toutes les fraudes, la femme serait livrée à l'entière discrétion de son mari ; acquisitions bonnes ou mauvaises, elle serait obligée de tout prendre à son compte. Et c'est cette position qu'elle aurait entendu se faire par une clause conçue, nous l'avons dit, dans son intérêt ! De quoi se plaindrait d'ailleurs le mari, s'il restait à sa charge une acquisition désavantageuse ? C'est à lui et non pas à la femme qu'il doit s'en prendre de sa fausse spéculation. — Cette solution, qu'on a voulu contester sous le Code [1], était généralement admise dans l'ancien droit, où Duplessis notamment disait : « ... Si elle (la femme) y trouvait à perdre, elle pourrait ne s'en point aider, laisser ces acquêts dans la communauté et faire sa reprise sur tous les effets, n'ayant pas parlé dans les contrats [2]. »

J'ai peine à admettre que la subrogation, qu'elle se produise *ipso jure* au profit du mari ou au profit de la femme avec son consentement, ait effet au regard des tiers, si la déclaration exigée par les articles 1434 et 1435 n'a pas eu lieu. Voudrait-on prétendre qu'ils sont suffisamment avertis par le contrat de mariage ? On leur ferait la position bien mauvaise, ce me semble, en les obligeant à recourir sans cesse au contrat de mariage pour rechercher la nature de tout bien acquis pendant la communauté. Comment vérifieront-ils seulement qu'une acquisition qu'on soutient être la première l'est réellement [3] ?

[1] MM. Troplong, II, n° 1138, p. 410 et suiv. — Toullier, XII, n° 364, p. 522 et suiv. — Duranton, XIV, n° 430. — Rolland de Villargues, *Rép.*, v° Remploi, n°s 66 et suiv.

[2] Duplessis, *Communauté*, liv. II, chap. IV, sect. II, p. 473-474.

[3] Duplessis que nous venons de citer écrit un peu plus loin... « A l'égard des créanciers, je ferais *grande difficulté* que cette seule clause du contrat

Clause d'assignat. — Quelques mots sur une clause assez fréquente autrefois, et qui ne serait peut-être pas sans tout intérêt aujourd'hui, la clause d'*assignat*. Elle présente une certaine analogie avec la stipulation d'emploi, elle s'y ajoutait souvent. C'est à ce titre que j'en parle.

C'était anciennement un fréquent usage, en certains pays, coutumiers surtout, d'*assigner* les deniers dont on stipulait l'emploi, soit sur tous les biens du mari, soit sur tels d'entre eux, c'est-à-dire d'affecter ces biens au payement de l'argent propre de la femme qui n'aurait pas été employé. Charondas en témoigne[1]. Guy Coquille nous apprend que[2] « d'ancienneté cela a été pratiqué en le pays de Nivernais. »

Cette assignation ne pouvait produire d'effet que si le mari n'avait pas fait l'emploi, ou ne l'avait pas fait complétement. D'un autre côté, elle n'était pas *limitative*, c'est-à-dire que si les biens sur lesquels l'*assiette* avait eu lieu n'étaient pas suffisants, la femme conservait le droit de se venger sur les autres biens du mari, s'il y en avait, ainsi que sur les biens de la communauté.

On peut dire qu'il s'opérait une *subrogation* des biens frappés d'assignat aux deniers assignés, sous la double condition qu'il ne fût pas fait emploi durant le mariage, et que ces biens existassent encore lors de la dissolution de la communauté, sauf le recours de la femme, si les biens étaient inférieurs en valeur à ses deniers. Guy Coquille, en effet, ne se lasse pas de répéter que « l'assignat est une vente faite par le mari à la femme — qu'il a vertu de translation de propriété — que le mari *subroge* et met son héritage au lieu dudit emploi[3]. »

Mais, si les biens soumis à l'assignat sont subrogés aux deniers propres de la femme, si celle-ci en devient propriétaire,

du mariage sans stipulation (déclaration) d'emploi ni consentement de la femme dans les contrats d'acquisition fût suffisante de lui assurer l'emploi contre eux quand elle le voudrait. »

[1] Charondas le Caron, *Réponses sur le droit français*, liv. XII, rép. 20, II, p. 589.

[2] Guy Coquille, *Questions et Réponses sur les articles des coutumes*, II, quest. 112, p. 199 (édit. 1703).

[3] Guy Coquille, *loc. cit.*, p. 200, et *Commentaire sur la coutume de Nivernais*, chap. XXIII, art. 17, p. 226; art. 12, p. 222.

elle doit, en retour, avoir perdu tout droit à ses deniers, en avoir cédé la propriété exclusive à son mari, et cependant on permit longtemps à la femme de prendre, comme commune, sa part dans les deniers. C'était une inconséquence; Guy Coquille la relève et proteste énergiquement contre elle; il veut que le mari prélève sur la masse commune les deniers assignés. — « C'est bien raison que, comme vendeur de son héritage qui lui était propre, il reçoive propres et pour lui seul les deniers qui sont le prix de ladite vente[1]. »

Cette opinion du vieux jurisconsulte devrait être suivie encore si le contrat de mariage contenait une clause analogue à l'assignat.

Les immeubles du mari, soumis à cette clause, deviendraient propres à la femme (s'ils se retrouvaient en nature au moment de la dissolution de la communauté), comme subrogés à ces deniers propres, en vertu d'une convention matrimoniale; mais le mari, par contre, deviendrait propriétaire des deniers assignés (ceux-ci constituant le prix d'un ou de plusieurs de ses propres, et de ce chef étant propres eux-mêmes par subrogation) et pourrait les prélever en cas d'acceptation de la communauté par la femme; on ne saurait présumer, en effet, qu'il eût voulu faire une libéralité à cette dernière.

Section II. — De l'emploi sous le régime dotal.

I. *Droit romain.* — On a pu voir, par les développements dans lesquels nous sommes entré au précedent paragraphe, à l'occasion de la *subrogation du prix à la chose*, que les époux, en droit romain, étaient libres de faire, pendant le mariage, une *permutatio dotis*, libres de remplacer une chose dotale par une chose nouvelle, et de subroger celle-ci dans la qualité qui avait appartenu à la première. Les règles que nous avons retracées alors sont encore vraies ici ; les mêmes principes gouvernent et le cas où un bien dotal est vendu et celui où une acquisition est faite à l'aide de deniers dotaux. Dans l'une et l'autre hypothèse, il peut s'opérer une *permutatio dotis*, une subrogation, mais à

[1] Guy Coquille, *loc. cit.*

la condition toujours que les deux époux en manifestent le désir. C'est un point qu'on ne saurait contester ; les lois 24, 25, 26, 27, *De jure dotium* (23,3), 32, *De pactis dotalibus* (23, 4), l'établissent clairement. « Constat, *dit cette dernière loi*, posse inter « uxorem et virum *conveniri*, hæc dos quæ in pecunia numerata « esset, permutaretur et transferatur in corpora, cum mulieri « prodest. » Ainsi, à moins que l'acquisition ne soit désavantageuse, une seule condition est nécessaire pour que le bien acheté des deniers dotaux devienne dotal : les parties doivent en être convenues, soit avant, soit pendant le mariage.

Mais cette condition est tout à fait indispensable ; si le mari achète seul un immeuble, sans s'être entendu au préalable avec sa femme au sujet de la subrogation, il aura beau déclarer que l'acquisition est faite de deniers dotaux, que l'immeuble acquis doit leur être subrogé ; rien n'y fera : la somme employée continuera à *rester en dot*. Un rescrit célèbre de Dioclétien et Maximien, la c. 12, *De jure dotium* (5, 12), le décide très-nettement ; mais on pourrait l'induire déjà de la loi 24, *in fine*, *De jure dotium* (23, 3), et de la loi 32, *De pactis dotalibus* (23, 4). Toutefois une controverse assez vive s'est élevée entre les interprètes, quand il s'est agi de concilier la c. 12 avec la loi 54, *De jure dotium*[1]. On y a parlé de *subrogation réelle*, on a prétendu qu'il s'attachait une certaine dotalité, une *dotalité subsidiaire*, aux biens acquis de la sorte par le mari ; il faut examiner ce que ces allégations ont de fondé.

« Res quæ ex dotali pecuniâ comparatæ sunt, dotales esse « videntur, » dit la loi 54. — Le bien acquis de deniers dotaux pourra être assimilé à un bien dotal. — Mais quel est le sens, quelle est l'étendue de cette assimilation ? S'agit-il d'une subrogation véritable, ou veut-on seulement faire entendre qu'à un point de vue spécial, choses dotales et biens acquis de deniers dotaux doivent être mis sur la même ligne ? — A mon avis,

[1] Cf. *surtout sur cette question* : Cujas, *Observationes*, liv. V, chap. XXIX, II, p. 141 (édit. Fabrot, 1658). — Codex Fabrianus, lib. V, tit. VII, *De jure dotium*, def. 43. — Brunnemann, c. 12, *De jure dotium*, p. 453 (édit. 1754). — Glück, *Erläuterungen*, VIII, p. 167 et seq. — Gesterding, *Lehre vom Eigenthum*, p. 302.— Löhr, *Civilist. Bemerkungen* (*Archiv für Civ. Praxis*, VII, p. 267-268). — Pellat, *Textes sur la dot*, p. 242 et suiv. — Burdet, *Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal*, p. 239 et suiv.

Gaïus avait entendu dans un autre sens que les compilateurs du Digeste la proposition dont ceux-ci ont fait la loi 54, *De jure dotium;* mais, ni dans l'esprit du jurisconsulte ni dans l'esprit de Tribonien et de ses collègues, il ne devait être question de subrogation réelle.

Gaïus n'a pu regarder les *res comparatæ ex pecunia dotali* comme subrogées à l'argent dotal pendant le mariage, puisqu'on ne doutait pas, de son temps, comme plus tard, que l'accord des deux époux ne fût nécessaire à cet effet.

Il a donc dû se placer à l'époque de la restitution de la dot ; or, à ce moment, la femme peut se trouver en présence de tiers acquéreurs, de créanciers hypothécaires, enfin de créanciers simplement chirographaires. Gaïus aurait-il voulu dire qu'elle reprendra, à l'encontre des deux premières catégories de personnes, aussi bien les choses acquises de deniers dotaux que les choses dotales elles-mêmes ? Mais il faudrait supposer pour cela que, dès l'époque classique, la femme pouvait exercer une action hypothécaire privilégiée et une action en revendication utile[1] ; et où serait alors l'utilité de la c. 30, *De jure dotium* (5, 12) ? Il est très-probable que le seul but de Gaïus, quand il a assimilé les biens acquis de deniers dotaux à des biens dotaux, était de déterminer, à leur égard, le rang de la femme vis-à-vis de certains créanciers chirographaires. Sans doute, l'*actio rei uxoriæ* était privilégiée au regard des créanciers ordinaires du mari, mais il pouvait se faire que tel d'entre eux eût sur les biens de ce dernier, mais non sur les biens dotaux, une cause légitime de préférence autre qu'une hypothèque. En voici un exemple dans la loi 22, § 13, *Soluto matrimonio* (24, 3). Une femme avait épousé, par erreur, un esclave ; elle ne peut avoir l'*actio rei uxoriæ*, mais on lui accorde une *condictio sine causa*, en y attachant le même privilége. Elle viendra, de la sorte, avant les autres créanciers de son mari qui intenteront, comme elle, l'*actio de peculio* contre le maître. Mais le maître lui même prime ces créanciers pour le montant de ce qui lui est dû ; primera-t-il aussi la femme ? — Oui, sur les biens personnels de

[1] A moins que l'on ne dise avec M. Pellat que Gaïus faisait allusion à une faveur spéciale accordée à la femme contre les *prædiatores* ; explication que le savant auteur reconnaît lui-même *être très-conjecturale* (*Textes sur la dot*, 2e édit., p. 249).

l'esclave autres que les choses dotales et les *res comparatæ ex pecunia dotali*. Ici donc il est important de savoir que les choses acquises de deniers dotaux doivent être traitées comme les choses dotales. Pourquoi alors la loi 54 n'aurait-elle pas été tirée d'un passage de Gaïus, de la même manière que l'on pourrait tirer de la loi 22, § 13, *Soluto matrimonio*, cette proposition analogue : *Res ex dote comparatæ quasi dotales sunt ?*

En résumé, le seul sens que Gaïus a pu attribuer à la phrase qui nous occupe, c'est qu'il est certains cas où l'équité exige que la femme reprenne la chose acquise avec l'argent dotal, comme elle reprendrait des biens dotaux. Mais il ne résulte pas de là que ces choses doivent être considérées comme dotales, soit pendant le mariage, soit même au moment de la restitution.

La commision instituée en 530 par Justinien voulut certainement donner une signification autre, une portée plus grande aux expressions dont Gaïus s'était servi. L'année précédente, l'empereur avait, par la c. 30, *De jure dotium*, accordé à la femme, sur les *choses dotales* [1], une action hypothécaire privilégiée et une action en revendication utile. Cette faveur même n'avait pas été restreinte aux biens qui étaient réellement en dot, elle avait été étendue aux *res dotales æstimatæ* dont le mari avait acquis la propriété irrévocable. Justinien s'était dit avec raison que, si ces choses n'étaient plus dotales, elles représentaient pourtant une valeur ayant ce caractère, et qu'il serait inique de les laisser aux mains du mari ou de ses ayants cause dans le cas où la femme ne serait pas remboursée des deniers auxquels elle a droit. — Or les mêmes motifs se présentaient avec la même force quand on avait affaire à des biens acquis de deniers dotaux, et c'était certes se conformer à l'esprit de la c. 30, *De jure dotium*, que de les faire rentrer sous son application. Voilà ce qui me porte à croire que la loi 54, *De jure dotium*, a été reçue dans

[1] Cela ne présentait guère d'intérêt qu'à l'égard des meubles dotaux aliénés par le mari seul, ou des immeubles frappés d'hypothèque légale qui n'étaient pas sortis de ses mains. En effet, avant la c. 1, § 15, *De rei uxor. act.* (5, 13), l'aliénation d'un immeuble dotal faite sans le consentement de la femme était nulle, et celle faite avec son consentement entraînait *permutatio dotis* et renonciation à l'hypothèque légale. Après cette constitution, dont le but fut surtout de conjurer ce dernier effet, toute aliénation d'un immeuble dotal était frappée de nullité.

le Digeste pour soumettre les *res comparatæ ex pecunia dotali* aux mêmes actions que les choses dotales. J'en trouve d'ailleurs la preuve dans la c. 12, *Qui potiores in pignore* (8, 18), qui, voulant étendre à tous les biens du mari l'action hypothécaire privilégiée de la femme, dit qu'elle appartiendra à cette dernière, *licet res dotales vel ex his aliæ comparatæ non exstent.*

Pas plus cependant qu'à l'époque classique, il ne s'opère ici de subrogation. Les biens acquis de deniers dotaux sont frappés, je le veux bien, d'une certaine inaliénabilité, puisqu'en cas de non-payement de la dot ils pourront être recherchés entre les mains des tiers acquéreurs; mais cette inaliénabilité n'est que conditionnelle. Ensuite, c'est toujours à la valeur des deniers employés et à cette valeur seule que la femme a droit. — Les *res comparatæ* ne sont pas plus dotales que les choses livrées au mari avec estimation ou que ses biens personnels qui ont été frappés par la c. 12 de la même hypothèque privilégiée. Je ne puis, par suite, m'associer au sentiment de M. Demangeat[1], quand il se déclare « disposé à croire que, dans ce cas, on admettait une subrogation réelle. »

[1] M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 100, note 1.

J. Flach,
Avocat, docteur en droit.

(*La fin prochainement.*)

K.-S. ZACHARIÆ

SA VIE ET SES OEUVRES.

(SUITE[1].)

CHAPITRE II

K.-S. ZACHARIÆ ET LE CODE NAPOLÉON.

Ce n'est pas sans éprouver un profond sentiment des difficultés du sujet et de notre propre insuffisance que nous abordons la partie principale de ce travail. En présence de l'œuvre considérable dans laquelle notre auteur a systématisé les doctrines contenues au Code Napoléon, nous voyons se dresser devant nous une foule de questions qu'il faudrait approfondir. Nous avons besoin de nous rappeler que nous ne saurions être tenu au delà de nos forces et que, tout en restant fort au-dessous de l'idéal que nous devrions atteindre, nous pourrons peut-être ne pas faire des efforts complétement inutiles, ne fût-ce qu'en provoquant l'examen et en remuant quelques idées.

Pour mettre de l'ordre dans cette étude et pour circonscrire autant que possible dans certaines limites ce que nous aurons à dire, nous croyons devoir diviser ce chapitre en trois sections dans lesquelles nous nous occuperons successivement : 1° de l'interprétation ; 2° des méthodes d'exposition ; 3° de l'appréciation générale du *Manuel* de M. Zachariæ.

Cette distribution des matières nous paraît s'appuyer sur la nature des choses.

Il nous semble, en effet, que, pour apprécier convenablement le mérite d'une doctrine de droit positif, il faut se poser deux questions : 1° l'auteur a-t-il bien compris ? 2° a-t il exposé convenablement la législation dont il s'est fait l'interprète ?

[1] Voir *Revue historique*, t. XIV, p. 433, et t. XV, p. 295.

Nous devons ajouter que nous avons pris pour base de cette étude l'édition allemande de 1837, la dernière publiée par l'auteur; ce qui ne nous a pas empêché de mettre souvent à contribution les beaux travaux de MM. Aubry et Rau, Massé et Vergé. Nous avons eu également sous les yeux la traduction partielle de M. Beving.

SECTION I. — De l'interprétation.

Existe-t-il une science de l'interprétation? Cette science admet elle des règles spéciales en ce qui concerne le droit?

Quelles doivent être ces règles en ce qui concerne le Code Napoléon?

Telles sont les questions qui se présentent naturellement au commencement de cette étude. M. Zachariæ les a successivement abordées : les deux premières, dans l'*Essai d'herméneutique générale* et dans le quatrième volume du grand ouvrage sur l'Etat; la troisième, dans le *Manuel*, où elle a même reçu deux solutions, l'une théorique contenue en l'introduction générale, l'autre pratique résultant de l'étude des nombreuses difficultés successivement abordées au cours de l'ouvrage.

Cette section doit se diviser en deux articles.

Nous exposerons et critiquerons dans le premier la théorie générale de l'auteur en ce qui concerne l'interprétation, ce qui nous fournira l'occasion d'exposer les principes qui nous paraissent devoir être adoptés à cet égard.

Nous donnerons dans le second un aperçu général de la manière dont M. Zachariæ nous paraît avoir fait l'application de ces principes.

ARTICLE I.

Théorie générale.

Resté jusqu'alors étranger à l'étude et à la pratique de l'ancien droit français, M. Zachariæ dut aborder le Code Napoléon comme un sujet nouveau pour lui.

Ce pouvait être une circonstance désavantageuse, en ce sens qu'elle exigeait de plus grands efforts d'intelligence; mais il en résultait une plus grande liberté d'esprit, l'absence de toute

idée préconçue, de toute routine dérivant d'habitudes contractées.

Il suffit de suivre attentivement les phases successivement parcourues par la doctrine et par la jurisprudence pour voir combien les premiers interprètes du Code eurent de peine à reconnaître ce qu'il y avait de nouveau dans ce document législatif [1].

Notre auteur n'eut pas à combattre de pareilles influences. S'il lui fallut tout créer, il trouva dans cette nécessité l'avantage de ne pouvoir s'appuyer que sur des principes vraiment scientifiques et sur la puissance logique de sa pensée; c'est là ce qui constitue un des principaux mérites de son œuvre : on y voit un esprit plein de vigueur abordant un nouveau sujet d'étude avec toutes les ressources qu'il trouve en lui-même et dans la discipline sévère à laquelle il s'est formé. Tout y est soigneusement pesé dans la balance de la science et de la réflexion; tout y est ramené à des formules sévères et rigoureuses : c'est ainsi que l'action judiciaire s'y trouve représentée comme un syllogisme [2]. On dirait un général habile s'emparant d'une place en procédant successivement à toutes les opérations exigées par les règles de la tactique.

Si l'on veut apprécier dignement la puissance créatrice dont notre auteur a fait preuve, il faut se reporter à ce qu'était l'étude du Code en 1811 et 1812 et lire la seconde édition du *Manuel* qui parut à cette époque. Nous ne parlons pas de la première, qui fut retirée et que nous n'avons pas eue sous les yeux.

C'est qu'en effet ce n'était pas sans préparation que M. Zachariæ entreprenait l'étude du Code; il avait profondément médité sur les principes fondamentaux du droit civil, et tracé d'une main sûre les règles de l'interprétation.

Le traité d'*Herméneutique générale*, qui peut être considéré comme une des bases de ce vaste travail, parut, comme nous l'avons dit, en 1805. Ce genre d'étude, où le droit et la philosophie semblent se donner la main, devait assez naturellement captiver l'esprit de notre auteur. Peut-être aussi faut-il reconnaître

[1] Troplong, *Traité de la vente*, préface) n° 1 ; Marcadé sur l'article 1, n° 5, note sur Toullier.

[2] § 746.

ici l'influence d'un ancien maître, Jean-Godefroi Sammet, dont M. Zachariæ avait suivi les leçons à Leipzig et qui, s'occupant beaucoup de ce sujet, avait laissé une profonde impression dans la mémoire de son disciple [1].

Ce traité se divise en deux parties : la première a pour sujet l'interprétation considérée d'une manière générale, et la seconde l'interprétation dans ses rapports avec le droit. Chacune de ces parties se divise elle-même en deux, l'une théorique et l'autre pratique.

C'est la première subdivision de la première partie qui doit principalement nous occuper, parce qu'elle renferme l'exposé des principes les plus généraux ; c'est par elle que nous commencerons.

L'auteur admet la possibilité de soumettre l'interprétation à un certain nombre de règles et de principes dirigeants dont l'ensemble forme une science ; il s'efforce, avant tout, de tracer les limites de cette science.

« En fixant les bases de cette herméneutique générale, dit-il dans la préface, je me trouvais en présence de la différence qui existe entre l'explication ou commentaire (*erklären*) et l'interprétation (*auslegung*). La première s'occupe des choses et la seconde se rapporte aux signes. *Je ne m'occupais que de la seconde*, ce qui me procura, tout au moins, l'avantage de donner pour base au sujet de mes investigations un principe à la fois simple et précis, de lui imposer des limites et d'avoir devant moi une science véritable.

« L'incohérence que l'on remarque dans les anciens traités provient principalement de ce que leurs auteurs ont fait abstraction de cette différence. Les espérances exagérées souvent exprimées au sujet d'une herméneutique générale doivent être attribuées à la même cause [2]. »

L'interprétation dont notre auteur veut s'occuper ne se propose pas d'autre but que de saisir le sens d'un discours ou d'un écrit.

Elle peut ne s'appuyer que sur les signes employés par l'au-

[1] J.-G. Sammet, *Hermeneutik des Rechts*, herausgegeben von T.-G. Born, Leipzig, 1801. *Nachlass*, p. 18.

[2] Préface, p. IV.

teur ; c'est ce que l'on appelle *interprétation grammaticale*. Elle peut, au contraire, prendre en considération le but et l'intention révélés ailleurs que dans les signes dont il s'agit immédiatement ; c'est ce qu'on appelle l'*interprétation logique*.

La première procède synthétiquement : elle tire des signes individuels le sens de l'ensemble.

La seconde s'appuie sur l'analyse : elle détermine le sens des signes individuels par celui de l'ensemble du discours [1].

L'art de l'interprétation repose sur la connaissance de ces règles ; c'est un art en ce sens qu'on s'y propose un but pratique [2].

Ces règles peuvent d'ailleurs être tirées de principes philosophiques ou de dispositions de droit positif [3] ; l'auteur ne s'occupe naturellement que des premières dans cette première partie de son travail.

L'herméneutique doit être considérée comme formant une partie de la logique pratique ; elle est générale quand elle recherche les règles applicables à toute espèce de discours, et spéciale quand elle s'occupe de certaines matières plus au moins limitées ; il peut s'agir, par exemple, du droit en général ou de telle législation particulière [4].

Notre auteur, abordant ensuite directement son sujet, prend pour point de départ les principes les plus généraux de la science : il fait observer que, chaque discours devant s'interpréter en conformité de l'intention de son auteur, l'interprète doit prendre pour guides les éléments qui ont dû agir sur cette intention. Or ces éléments doivent être cherchés soit dans la logique générale ou, en d'autres termes, dans les règles qui régissent la pensée, soit dans les considérations théoriques ou pratiques dont l'action a dû se faire sentir dans le cas particulier dont il s'agit [5].

L'interprète part nécessairement de la supposition que le discours doit avoir un sens, et dans le doute il doit préférer l'argumentation qui conduit à ce résultat ; si plusieurs sens se

[1] § 5.
[2] § 6.
[3] § 9.
[4] §§ 11 et 10.
[5] §§ 12 à 16.

présentent à son esprit, il doit préférer celui de ces sens qui lui paraît correspondre le plus exactement à l'influence des éléments divers qui ont dû agir sur la pensée de l'auteur [1].

Trois conditions doivent se réaliser pour qu'il y ait lieu à interprétation : 1° il faut qu'on soit certain du texte; 2° il faut que ce texte puisse être compris; 3° il faut que les signes qui le constituent ne suffisent pas à eux seuls pour en manifester pleinement le sens et la portée [2].

Les signes peuvent être insuffisants, soit qu'on les considère en eux-mêmes, soit qu'on les considère dans leurs rapports avec l'intention de celui qui parle. L'interprétation est grammaticale dans le premier cas, logique dans le second [3].

L'auteur est ainsi conduit à s'occuper successivement de chacune de ces deux parties de la science, et voici quelles conséquences il fait ressortir des règles générales qu'il s'est posées.

Tout discours doit être interprété en donnant aux signes qui s'y trouvent employés le sens que leur a supposé l'auteur [4].

Pour arriver à ce résultat, il faut admettre le sens que ces signes doivent recevoir des lois qui les régissent, soit qu'ils se présentent individuellement, soit qu'on les considère dans leur ensemble ou dans les combinaisons diverses qui peuvent se réaliser à leur égard [5].

Pour que l'interprétation grammaticale soit possible, il faut que l'authenticité du texte soit établie et que les signes et les mots qui s'y trouvent réunis aient un sens, ce qui dans le doute doit toujours être admis; il faut de plus que ces signes et ces mots soient relativement incompréhensibles. Une pareille obscurité peut provenir soit de ce que ces signes ne présentent pas de sens précis, soit de ce qu'ils peuvent en revêtir plusieurs [6].

On doit remédier au premier de ces défauts en recherchant d'abord si la personne qui parle n'a pas fait entrevoir ailleurs le sens des signes qu'elle emploie : *quilibet est optimus verborum*

[1] § 17.
[2] §§ 18 à 20.
[3] § 21.
[4] § 26.
[5] § 27.
[6] §§ 28 à 30.

suorum interpres. Ce résultat a lieu soit quand le sens des signes a été défini par la personne qui les emploie, soit quand ils se trouvent ailleurs dans une combinaison qui les rend plus clairs, soit quand la même pensée s'est exprimée par des faits tels, par exemple, que l'exécution d'un engagement.

On peut aussi recourir dans le même but à des moyens qui tendent à indiquer d'une manière indirecte quel est le sens des signes. Ce sens peut se révéler par le contexte (*interpretatio ex antecedentibus et subsequentibus*) ou par les analogies du langage. L'interprète doit aussi s'attacher à la nature du sujet dont il s'agit, à la position sociale de la personne qui parle, aux circonstances de temps et de lieu.

L'auteur reconnaît que dans l'application de cette dernière règle les deux modes d'interprétation grammaticale ou logique ne sont pas toujours faciles à distinguer en pratique. Nous sommes disposés à généraliser l'observation en l'étendant à plusieurs des règles qui précèdent [1]. — C'est d'ailleurs un sujet sur lequel nous reviendrons plus tard.

L'équivoque ou l'ambiguïté peut provenir de ce que le même mot a un sens général et un sens spécial ou technique habituel à la personne qui parle.

C'est bien certainement ce dernier qui doit être suivi quand il se manifeste clairement; mais, dans le doute, il faut admettre que les mots ont été employés suivant l'usage commun.

Il est possible aussi que le même mot ait plusieurs sens indépendants des habitudes propres à la personne qui parle. Si ces divers sens ne dérivent point l'un de l'autre, il faut s'arrêter à celui qui convient le mieux au sujet dont il s'agit, à moins que ce ne soit un sens spécial ignoré de la personne qui parle.

Si les sens dérivent l'un de l'autre, celui qui est originel doit généralement être préféré; c'est ainsi qu'il ne faut pas supposer sans motifs suffisants qu'il a été fait emploi d'un langage figuré [2].

L'interprétation logique a pour mission de tirer de l'intention même de la personne qui parle le sens d'un passage où cette intention ne se révèle pas suffisamment d'une manière directe.

[1] §§ 34 à 37.
[2] §§ 38 à 43.

Elle se distingue de l'interprétation grammaticale en ce qu'elle s'occupe de l'obscurité qui règne dans l'intention même, tandis que la première se rapporte à l'obscurité des mots considérés en eux-mêmes.

L'intention de celui qui parle (*mens orationis*) est ce que ce dernier veut dire. Ses motifs (*ratio orationis*) sont les causes qui ont agi sur cette intention. Il est dans la nature des choses que ces deux éléments soient le plus généralement d'accord [1].

L'intention générale manifestée dans un discours doit servir à l'interprétation de celles des parties de ce discours où il se trouve quelque obscurité.

Trois conditions doivent se réaliser pour que ce genre d'interprétation puisse avoir lieu.

1° Il faut que l'intention qui doit servir de base à l'argument se présente comme certaine. Elle peut se manifester soit directement par une déclaration expresse, soit indirectement par la nature du sujet dont il s'agit, par la personnalité de la personne qui parle, par ses sentiments, sa manière de penser, son rang ou sa position sociale, par les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles le discours s'est produit;

2° Il faut qu'il n'y ait pas opposition absolue entre le sens des mots et l'intention qu'ils doivent exprimer : une pareille opposition rendrait le discours complétement incompréhensible. Cette règle cesse toutefois de recevoir son application quand on se trouve manifestement en présence d'une allégorie volontaire, ce qu'il faut supposer toutes les fois que le discours ne peut avoir un sens que dans cette hypothèse;

3° Il faut qu'il y ait obscurité quant à la disposition qu'il s'agit d'interpréter. Cette obscurité peut exister soit quant à l'intention considérée en elle-même dans un sens absolu, soit quant à la portée qu'elle doit avoir ou au champ d'application qu'il convient de lui donner. La langue allemande fournit à l'auteur le moyen d'exprimer heureusement cette distinction, en disant que la pensée est obscure quant à sa qualité dans le premier cas, et quant à sa quantité dans le second.

L'intention considérée en elle-même, soit quant à sa qualité, comme dit l'auteur, doit être prise dans le sens qu'elle paraît

[1] § 44.

recevoir des lois qui agissent sur elle. Tel est le principe dirigeant.

Ces lois sont générales, c'est-à-dire purement logiques, ou spéciales, c'est-à-dire plus ou moins soumises à l'influence de la personnalité qui parle et du sujet dont elle s'occupe. Les premières peuvent seules être prises en considération dans la partie générale de la science : tout discours doit être interprété de manière à ce qu'il ne s'y manifeste pas d'inconséquence logique.

Ce défaut d'harmonie peut se révéler soit entre les différentes parties du même discours, soit entre diverses énonciations de la même personne sur le même sujet.

Si ces disparates résistent à l'interprétation, de telle sorte qu'il ne soit pas possible de ramener au même sens les divers textes dont il s'agit, il faut rechercher quelle est celle de ces dispositions qui doit l'emporter sur les autres et leur communiquer en conséquence le sens qui se manifeste en elle. Cette question doit être résolue soit par les principes généraux de la logique, soit par les considérations spéciales dérivant des circonstances.

On peut admettre les règles suivantes :

Les dispositions générales l'emportent sur les dispositions particulières, et le principe sur les conséquences. L'accessoire suit le principal. Le but détermine les moyens. La partie doit s'entendre dans le sens que l'ensemble présente [1].

Deux conditions doivent se réaliser pour qu'il y ait lieu à interpréter une disposition quant à son champ d'application ou, comme dit l'auteur, quant à sa quantité, il faut, d'une part, qu'il y ait désaccord à cet égard entre les énonciations et l'intention de la personne qui parle, et, d'autre part, que ce désaccord ne soit pas nécessaire. Ni la déduction logique des conséquences implicitement renfermées dans un principe, ni l'argument tiré des rapports existants entre le but et les moyens, entre le tout et les parties, ni le recours à l'analogie ou à l'induction ne constituent en eux-mêmes ce genre d'interprétation [2].

Il ne suffit pas, pour justifier le sens le plus large, qu'il y ait entre les divers cas dont il s'agit une simple ressemblance : il

[1] §§ 44 à 56.
[2] §§ 58 à 61 et 63.

faut qu'il y ait identité quant à l'intention de la personne qui parle. Il ne suffit pas, pour renfermer ce sens dans des limites plus étroites, que le motif de la disposition ne soit pas applicable d'une manière complète au cas au sujet duquel le doute s'élève.

Il est nécessaire d'aborder ici l'hypothèse de motifs multiples. Les règles suivantes doivent être observées en pareil cas :

1° Si tous ces motifs sont également décisifs considérés en eux-mêmes (*hauptgründe*), il suffit de la présence ou de l'absence d'un seul pour justifier le sens large ou le sens restreint. Nous croyons devoir ajouter ici que l'apparente contradiction que l'on pourrait être tenté de trouver entre les deux membres de cette règle disparaît quand on ne perd pas de vue qu'il ne s'agit pas de donner à un texte une application plus étendue ou plus restreinte que celle qui résulte des termes employés, mais bien de fixer le sens de dispositions plus ou moins obscures et, tout particulièrement, d'établir l'harmonie entre le texte et l'intention manifestée ailleurs, de telle sorte que l'interprétation résulte d'une combinaison à faire entre deux facteurs et spécialement entre la disposition spéciale dont il s'agit et l'ensemble du discours ;

2° Si l'un des motifs apparaît comme principal et les autres comme accessoires, la présence ou l'absence du premier suffit et peut seule suffire pour justifier l'adoption du sens large ou restreint ;

3° Si ces motifs n'ont agi que par leur ensemble sur l'intention de la personne qui parle, cet ensemble pourra seul être pris en considération pour la fixation du sens ; c'est-à-dire que la disposition ne pourra être appliquée qu'autant que l'ensemble des motifs paraîtra conduire à ce résultat.

Ce genre d'interprétation ne peut avoir lieu ni quand il serait contraire à une déclaration expresse, ni quand il conduirait à un sens qui se trouverait en opposition avec l'intention de l'auteur considérée en elle-même, en ce qui concerne sa qualité, suivant l'expression adoptée par M. Zachariæ, ni quand le sens des mots se trouve complétement d'accord avec celui qui résulte de l'intention [1].

[1] §§ 62, 63 à 66.

L'auteur s'arrête peu aux règles pratiques de l'herméneutique générale. Ces règles ont pour but d'indiquer, d'après la nature des choses, en quel ordre les principes d'interprétation se présentent dans l'application. Il faut rechercher comment ces principes se justifient ou s'excluent réciproquement. Ils se justifient réciproquement quand c'est par l'un d'eux que s'établit le fait qui sert de point de départ à l'autre, quand c'est par l'emploi de l'un que le discours peut avoir un sens dérivant de l'autre, quand c'est par le recours à l'un que le discours devenant obscur sollicite le recours à l'autre. Ils s'excluent réciproquement dans les cas inverses [1].

En ce qui concerne l'interprétation grammaticale, il faut avant tout s'arrêter à celle qui peut avoir été donnée par l'auteur du discours. S'il faut recourir à des considérations scientifiques, voici dans quel ordre elles paraissent se présenter : — si les mots ont un sens indéterminé, il faut étudier successivement : 1° le contexte et les parallèles; 2° les circonstances de temps et de lieu; 3° la personnalité de l'auteur; 4° le sujet du discours; 5° les analogies du langage — si les mots ont un sens multiple, l'interprète doit consulter d'abord les usages de l'auteur, ensuite la nature de l'objet, puis enfin le sens originel. Il ne doit s'occuper des questions d'équivoque qu'après avoir résolu celles qui tiennent à ce qu'il y a de vague et d'indéterminé dans le sens. Il faut consulter les règles générales de la logique avant de passer aux considérations spéciales. L'interprétation extensive et l'interprétation restrictive s'excluent réciproquement. Il faut s'occuper de l'intention considérée en elle-même, la qualité suivant l'auteur, avant de chercher à fixer le champ d'application qu'elle doit avoir, la quantité. L'interprétation grammaticale doit précéder l'interprétation logique [2].

Nous terminons ici l'exposition succincte des principes énoncés par l'auteur sur l'herméneutique générale. Nous nous arrêterons moins longtemps à la seconde partie du traité, dans laquelle il s'agit de l'application de ces principes au droit considéré d'une manière générale.

M. Zachariæ circonscrit le champ de cette étude en disant

[1] §§ 67 à 71.
[2] §§ 67 à 79.

qu'elle ne se rapporte qu'aux déclarations de volonté donnant lieu à des droits ou à des obligations.

Ici, comme dans l'herméneutique générale, il reconnaît que les motifs de décision s'appuient les uns sur les règles de la logique, les autres sur des considérations particulières.

Les premiers s'énoncent de la manière suivante : La loi doit être interprétée dans le sens voulu par son auteur. Il faut dans les contrats rechercher quelle a été la commune intention des parties. Quand il y a désaccord, il faut distinguer : si le manque d'harmonie porte sur l'objet principal, il y a nullité ; s'il ne porte que sur un accessoire, l'acte s'interprète contre celle des parties qui est en faute, soit contre celle qui devait dicter les conditions. Ce point doit être dans chaque cas l'objet d'une étude attentive et se décider toujours d'après les circonstances particulières. Le testament n'émanant que d'une seule personne, il s'interprète librement dans le sens voulu par son auteur.

Les seconds s'appuient sur tous les éléments qui, dans chaque cas donné, ont dû agir sur l'intention.

Les conditions qui doivent se réaliser pour qu'il y ait lieu à l'interprétation sont les mêmes que dans l'herméneutique générale [1].

Après ces préliminaires l'auteur aborde la partie théorique : il traite successivement de l'interprétation grammaticale et de l'interprétation logique.

On retrouve ici les mêmes principes que dans la première partie de l'ouvrage, sauf quelques modifications résultant de la nature des choses, et se rapportant plus souvent à l'application des règles qu'aux règles elles-mêmes.

Nous ne pourrions entrer dans les détails que comporte ce sujet, sans dépasser les limites que nous devons respecter. Le principal mérite de cette seconde partie est de servir de contrôle à la première par de nombreuses citations tirées du droit romain, que l'auteur considère comme pouvant en quelque sorte représenter le droit naturel.

Les principes énoncés par M. Zachariæ pour servir de base à l'interprétation du Code ne paraissent pas s'écarter de ceux qui ont été précédemment exposés dans l'herméneutique générale.

[1] §§ 80 à 90.

L'auteur rappelle sommairement ces derniers pour en faire ressortir les règles spécialement applicables au nouveau document qu'il aborde [1]. Il indique cependant plus explicitement ici la distinction à faire entre l'interprétation et l'application de la loi.

Le moment est venu, pensons-nous, de soumettre à une critique attentive la théorie générale adoptée par notre auteur, et de chercher à établir, si possible, les véritables bases de la science, en nous aidant pour cela des divers travaux dont elle a été l'objet.

Nous admettons qu'il ne faut pas confondre l'interprétation et le commentaire, bien que la première doive généralement servir de base au second ; mais nous ne pouvons penser que l'interprétation ne soit légitime que dans les cas d'une obscurité relative, et qu'il faille la distinguer d'une manière absolue de l'application de la loi.

Des jurisconsultes fort autorisés en pareille matière ont, dès longtemps, fait observer que l'interprétation n'est jamais plus puissante que lorsqu'elle s'exerce sur une pensée bien conçue, bien exprimée, et par cela même revêtue de toute sa force d'expansion [2]. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'il y a nécessairement plus ou moins d'arbitraire dans la qualification d'obscurité donnée à un texte ; il ne saurait y avoir là qu'une limite bien incertaine ; car, comme le disait spirituellement notre vieux maître M. Thibaut, c'est bien souvent dans le cerveau de l'interprète plus que dans le texte que la clarté fait défaut [3]. Cette première erreur de M. Zachariæ a peut-être plus d'importance en théorie qu'en pratique. Nous croyons cependant qu'elle n'est pas restée sans influence sur les difficultés éprouvées par l'auteur pour maintenir avec quelque fermeté sa distinction entre l'interprétation grammaticale et l'interprétation logique ; ces difficultés nous paraissent provenir en grande partie de ce que la distinction paraît appuyée tantôt sur les causes de l'obscurité, tantôt sur les moyens auxquels on recourt pour la faire disparaître.

[1] *Manuel*, §§ 40 et 41.

[2] Savigny, *System*, vol. I, p. 207 et 318 ; Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung*, § 2 ; Lang, *Beitræge zur Hermeneutik*, p. 74.

[3] *Hermeneutik des rœmischen Rechts*, § 2.

Dans le système que nous croyons vrai, on ne s'attache qu'aux moyens employés [1].

La seconde des erreurs que nous avons signalées dérivait assez naturellement de la première, et nous semble plus manifeste et plus dangereuse.

On interprète non-seulement quand on exprime le sens directement et immédiatement énoncé dans le texte, mais encore quand on pénètre au delà de ce sens plus ou moins apparent, quand, reproduisant en soi la pensée du législateur, lui rendant toute sa vie et toute son élasticité, on l'interroge sur des questions qui ne s'étaient pas présentées à elle. Cette interprétation plus hardie repose, en définitive, sur les mêmes principes que l'autre : la volonté exprimée ou présumée du législateur. L'auteur paraît en avoir eu conscience et avoir voulu restreindre la portée de sa théorie, quand il écrivait ces paroles remarquables sous sa plume : « Il n'est pas possible d'appliquer une loi sans en faire une sorte d'interprétation; car celui qui entend ou qui lit un discours doit nécessairement le reproduire en soi [2]. » Il est vrai que l'application de la loi suppose l'étude du fait, ce qui la distingue de l'interprétation ; mais ce n'est manifestement pas là ce que M. Zachariæ a voulu dire en présentant sa distinction : cette circonstance se réalise toujours, même dans les cas où le texte ne laisse aucun doute et s'interprète littéralement, ou plutôt ne s'interprète pas, suivant l'auteur. — Nous avons parlé de danger; ce ne serait pas, en effet, sans inconvénient qu'on renverrait à la logique générale les arguments qui, comme l'induction et l'analogie, tirent de la loi des conclusions plus ou moins éloignées du texte. Il ne faut jamais perdre de vue que ces arguments ne sont admissibles que s'ils conduisent à découvrir, avec plus ou moins de certitude, en s'appuyant sur un texte, de quelle manière le législateur aurait résolu telle question si elle se fût présentée à son esprit. Ce mode de procéder constitue bien une interprétation, et l'on ne doit pas le concevoir autrement.

Notre auteur a conservé l'ancienne distinction de l'interpré-

[1] Cette distinction paraît plus nettement maintenue au paragraphe 40 du *Manuel*.

[2] Vierzig Bücher, vol. IV, p. 36.

tation en grammaticale et logique, ou dialectique, comme disent certains auteurs[1]. Cette distinction ne conduit pas nécessairement à restreindre la science dans des limites trop resserrées, et les formules employées par M. Zachariæ nous paraissent suffisamment générales; mais il faut, comme le disent MM. Aubry et Rau, comprendre dans le second membre de l'énumération tout ce qui n'est pas renfermé dans le premier[2]. Telle est encore la définition donnée par M. Vangerow : « L'interprétation logique provient de ce que la volonté du législateur ne se révèle pas seulement par les mots, mais encore par d'autres moyens[3]. »

Le mot *logique* employé dans un sens aussi large nous paraît sortir de ses acceptions ordinaires et tendre à égarer la pensée plutôt qu'à la diriger. Il est impossible de ne pas voir là un vice de méthode qui ne saurait être suffisamment justifié par le vieil usage qui l'a consacré. Il faut, en conséquence, rechercher ce que la nature des choses paraît exiger en pareille matière. Nous ne saurions pas attacher une grande importance aux différentes subdivisions proposées par certains auteurs en ce qui concerne l'interprétation grammaticale. M. Lang, par exemple, parle ici de quatre éléments; ce sont : 1° les mots considérés isolément tels que le dictionnaire en indique le sens; 2° la combinaison purement grammaticale fournie par la syntaxe; 3° la combinaison logique de la pensée; 4° le style. L'auteur fait observer lui-même que le troisième de ces éléments forme un intermédiaire entre les deux genres d'interprétation[4]. Nous pensons qu'il faut, autant que possible, éviter les distinctions qui n'ont pas pour conséquence de faire ressortir plus nettement quelque principe dirigeant. Il nous semble que l'interprétation grammaticale doit avant tout se conformer à l'usage qui a dû être suivi par l'auteur du discours. Elle doit nécessairement recevoir plus ou

[1] Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung*, §§ 6 à 11; *System des Pandektenrechts*, § 45; Klossius, *Hermeneutik des rœmischen Rechts Grundriss*, § 6, et de 20 à 38; Eckard, *Hermeneutica juris*, §§ 17, 23, 24; Glück, *Ausführliche Erlæuterung*, §§ 34 à 37; Mailher de Chassat, *De l'interprétation des lois*, § 71; Lang, *Beitrœge zur Hermeneutik*, p. 57.

[2] *Cours de droit civil*, § 40.

[3] *Lehrbuch der Pandekten*, VI, chap. I.

[4] Lang, *Beitrœge zur Hermeneutik des rœmischen Rechts*, p. 64.

moins l'empreinte des autres procédés ; elle doit même leur céder le pas dans les cas, heureusement fort rares, où il résulte du texte même de la loi que le législateur s'est mal exprimé.

Mais, si nous estimons qu'il n'y a pas lieu de soumettre l'interprétation grammaticale à de pareilles subdivisions, nous pensons, comme nous l'avons déjà dit, que les mots *interprétation logique* sont insuffisants pour exprimer les diverses idées qu'ils doivent énoncer. On comprend sous cette rubrique une série d'opérations fort différentes les unes des autres, et qu'il nous paraît convenable de désigner par des appellations spéciales propres à en faire ressortir les caractères et les rapports.

La science de l'interprétation recherche les moyens d'arriver à saisir dans toute sa vérité et dans toute son étendue la pensée renfermée dans un texte ; c'est la nature particulière de ces moyens qui doit fournir les principaux chefs de division dont cette doctrine est susceptible. L'ancienne terminologie était profondément vraie, en ce sens qu'elle distinguait nettement ces moyens en deux catégories : les signes conventionnels du langage, d'une part ; et les lois qui dominent la pensée, d'autre part.

Mais cette dernière catégorie, homogène dans son principe, ne l'est point quant aux applications qui doivent en être faites : les lois de la pensée reçoivent plus ou moins l'action de circonstances extérieures venant modifier en divers sens les conséquences que l'interprète peut en tirer. De là résulte une distinction entre les éléments externes et l'élément interne. Quelque nombreux que puissent être les premiers, nous pensons qu'ils doivent être ramenés à deux grands chefs : l'histoire et la nature des choses ou philosophie du droit.

L'histoire tend à manifester plus clairement la pensée, parce qu'elle en retrace la filiation, qu'elle indique les causes qui l'ont provoquée et qu'elle rappelle les phases diverses de son développement successif.

La nature des choses agit fortement sur la pensée, et la direction qu'elle tend à lui donner peut servir à la révéler ou tout au moins à la faire pressentir.

Reste le cas où la pensée ne s'appuie que sur elle-même et sur les lois qui la régissent et qui établissent entre ses différentes parties une harmonie naturelle les rendant solidaires les unes des autres ; c'est l'élément interne.

Nous croyons, en conséquence, que l'interprétation peut, quant aux moyens qu'elle emploie, se diviser en quatre parties ; elle est : 1° grammaticale, en prenant ce mot dans le sens étendu dès longtemps consacré par l'usage ; 2° historique ; 3° philosophique ; 4° logique. Cette dernière a souvent été subdivisée en deux : on parle d'un élément logique se rapportant aux lois qui régissent chaque partie de la pensée considérée isolément en elle-même, et d'un élément systématique se rapportant aux liens d'harmonie qui doivent exister entre ses différentes parties considérées dans leur ensemble et dans leurs rapports réciproques [1].

Sans méconnaître ce qu'il peut y avoir de vrai dans cette subdivision, nous croyons cependant qu'il n'y a là que deux manifestations diverses d'une seule et même loi, et que la distinction n'est pas toujours facile à maintenir. Nous n'avons pas besoin de faire observer que ces divers genres d'interprétation ne constituent pas des sciences spéciales, indépendantes les unes des autres : ce ne sont que des moyens différents qui doivent généralement concourir au même but.

Il faut maintenant faire à notre Code l'application de la théorie que nous venons d'établir [2]. Les éléments qui paraissent devoir servir à l'interpréter peuvent être énumérés de la manière suivante :

1° Les textes qui en énoncent les différentes dispositions ;

2° Les rubriques par lesquelles ces textes sont énoncés et classés ;

3° Les travaux préparatoires ;

4° Le droit antérieur ;

5° Les différents sujets qui sont successivement abordés ;

6° Les lois internes de la pensée.

I. Les textes considérés en eux-mêmes ne provoquent aucune observation : ils forment la matière sur laquelle doivent s'exercer les divers procédés énoncés ci-dessus. Ils doivent être, avant tout, soumis à l'interprétation grammaticale.

[1] Savigny, *System*, vol. I, p. 203 et 214 ; Keller, *Pandekten*, § 14 ; Lang, *Beitræge zur Hermeneutik*, p. 63.

[2] Nous renvoyons au besoin, pour plus de détails, à notre *Etude sur les principes de l'interprétation des lois et spécialement du Code civil.*

II. Les rubriques occupent en quelque sorte une position intermédiaire entre les textes et les travaux préparatoires. Elles ne contiennent aucune disposition directement applicable ; elles n'ont pas été soumises à la discussion : ce n'est qu'implicitement qu'elles ont été adoptées par le législateur ; ce sont comme des étiquettes que les auteurs du projet ont placées en tête des différentes parties de leur travail ; et, si l'on doit, jusqu'à preuve contraire, les considérer comme exactes, il n'en est pas moins impossible de leur accorder la même autorité qu'à un texte proprement dit[1].

III. Les travaux préparatoires se composent d'éléments d'une importance fort diverse qui ne peut être appréciée que par une étude approfondie des phases par lesquelles ces éléments ont passé, et de la constitution de l'an VIII sous l'empire de laquelle ce grand travail s'est accompli.

La commission qui avait été chargée, par arrêté consulaire du 24 thermidor an VIII, de préparer un projet de Code civil destiné à régir toute la France publia dès le mois de germinal an IX, par la voie de la presse, le résultat de ses travaux.

Ce premier projet, précédé d'un discours préliminaire, fut soumis à la critique du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, qui présentèrent leurs observations.

Le tout fut communiqué à la section de législation du conseil d'Etat, qui soumit aux délibérations de ce corps une série de nouveaux projets dont chacun devait fournir un titre du Code. Ces projets, après avoir été discutés et souvent amendés, étaient renvoyés au Tribunat et au Corps législatif ; mais ni l'une ni l'autre de ces assemblées n'avaient le droit d'amendement. Elles devaient se contenter : la première, d'émettre et de motiver un vœu d'adoption ou de rejet ; la seconde, de voter en silence sur ce vœu, après avoir entendu les orateurs du gouvernement motivant le projet et ceux du Tribunat soutenant la proposition faite par ce corps.

C'est de cette série d'opérations que sont résultés les documents qui constituent ce qu'on appelle *les travaux préparatoires*. Il faut y ajouter cependant les conférences officieuses qui furent

[1] Voir Delisle, *Principes de l'interprétation*, t. II, p. 729.

établies entre les sections de législation du conseil d'Etat et du Tribunat par suite de la forte opposition faite par ce dernier.

Quatre corps différents concouraient à l'adoption définitive de la loi ; c'étaient : 1° le gouvernement, qui seul avait l'initiative et qui pouvait retirer ou modifier les divers projets aussi longtemps qu'ils n'avaient pas été revêtus de l'autorité suprême ; 2° le conseil d'Etat, qui devait être consulté et pouvait proposer des amendements, mais dont les délibérations n'aboutissaient toutefois qu'à un préavis ; 3° le Tribunat, dont les fonctions se bornaient, comme nous l'avons dit plus haut, à émettre et à défendre un simple vœu ; 4° le Corps législatif, qui ne pouvait qu'approuver ou rejeter les projets qui lui étaient soumis. Les divers titres du Code, ainsi votés et mis en vigueur isolément, furent réunis en un seul corps de droit par la loi du 30 ventôse an XII, qui indiqua dans quels rapports ce nouveau document et le droit ancien devaient être réciproquement placés.

En présence d'une législature aussi compliquée, on ne peut s'empêcher d'élever quelques doutes sur l'importance des documents généralement désignés sous le nom de *travaux préparatoires*.

Il semble, au premier coup d'œil, qu'on doive dire que, le Corps législatif ayant voté sur des textes qu'il ne pouvait ni discuter ni modifier, ce n'est que dans ces textes qu'il faut chercher l'expression de sa volonté formant loi. Nous croyons cette conclusion rigoureusement exacte, en ce sens que nous admettons qu'il ne serait pas possible de s'appuyer sur les documents antérieurs à cette votation pour justifier un sens qui serait manifestement contraire au texte ; mais nous pensons que l'on irait beaucoup trop loin si l'on n'accordait pas à ces divers documents une importance plus ou moins grande quand la pensée du législateur ne se trouve pas clairement énoncée dans les textes. Mais quelle peut être cette importance, et d'après quel principe dirigeant doit-elle être appréciée ?

Ce que l'on veut connaître, c'est la pensée législatrice : la question que nous nous sommes posée revient donc à nous demander comment cette pensée peut se révéler dans ces documents.

Malgré la grande complication des épreuves par lesquelles chaque projet de loi devait passer, le pouvoir souverain se con-

centrait réellement aux mains du gouvernement et du Corps législatif : la loi résultait de l'accord de ces deux autorités.

La volonté du Corps législatif ne se manifestait que dans les textes, ainsi que nous l'avons dit ; il nous semble, au contraire, que le gouvernement, adoptant les projets préparés par le conseil d'Etat, dont il devait nécessairement prendre l'avis, et dans le sein duquel il était représenté, doit être considéré comme ayant voulu prendre ces projets dans le sens où ils avaient été votés. Cette présomption, basée sur la nature des choses et, dans une certaine mesure, sur le vœu de la constitution, nous paraît avoir d'autant plus d'importance, dans les cas douteux, que, le gouvernement ayant eu seul l'initative, son action doit être considérée comme prépondérante toutes les fois que les textes ne sont pas complétement décisifs, la loi n'étant en définitive que la pensée gouvernementale régulièrement approuvée par le Corps législatif[1]. Cette pensée doit être prise en considération toutes les fois que le texte paraît s'y prêter.

Il faut conclure du principe qui vient d'être posé, que chacun des éléments résultant des travaux préparatoires doit avoir d'autant plus d'importance qu'il tend à manifester plus directement dans quel sens telle ou telle disposition a été adoptée par le conseil d'Etat. Nous dirons, en conséquence, que ces documents peuvent être classés dans l'ordre suivant quant à l'influence qu'ils doivent exercer :

1° Considérations servant de base à un amendement adopté par le conseil et tendant à révéler le sens de la nouvelle rédaction. Cette importance n'a cependant rien d'absolu ; c'est ainsi, par exemple, que, malgré le changement de rédaction introduit dans l'article 894 du Code Napoléon, la donation n'en est pas moins généralement considérée comme un contrat. La nature des choses et le texte de l'article 1105 combattent avec une force suffisante les conséquences qu'on voudrait tirer de cette circonstance ;

2° Amendements proposés et rejetés : ils tendent à montrer que la disposition ne doit pas s'entendre dans le sens qui serait résulté de la rédaction proposée, à moins que l'amendement n'ait été repoussé comme superflu.

[1] *Manuel*, § 5.

Ces deux observations s'appliquent aux amendements venant du Tribunat comme à ceux qui surgirent dans le sein même du conseil d'Etat ;

3° Modifications adoptées par la section de législation et conformes aux observations présentées par les tribunaux. Ces changements ont été faits sans discussion connue, ce qui diminue leur importance. Rien n'indique d'ailleurs suffisamment que ce soient les mêmes motifs qui ont agi sur le conseil d'Etat ;

4° Changements de rédaction opérés sans qu'on en connaisse les motifs. Il y a là une présomption plus ou moins forte qu'on a voulu s'éloigner de l'ancien sens ;

5° Observations diverses non suivies de votation spéciale, discours prononcés soit dans le sein du conseil d'Etat, soit devant le Corps législatif ou le Tribunat. Il n'y a là que des opinions individuelles dont l'autorité varie beaucoup. Les orateurs se sont bien souvent trompés dans leurs appréciations [1]. Ceux du conseil d'Etat, mieux placés pour connaître les opinions de ce corps, paraissent avoir quelque supériorité d'importance sur ceux du Tribunat.

IV. L'histoire a dès longtemps démontré que le droit suit généralement une marche graduellement progressive : chaque époque reçoit l'influence de celle qui l'a précédée, et réagit à son tour sur celle qui lui succède. Il est bien certain qu'il y a là un puissant moyen d'interprétation.

Les rédacteurs du Code n'étaient pas des théoriciens de cabinet cherchant à combiner des formules abstraites et purement philosophiques. Les expériences plus ou moins téméraires de l'époque révolutionnaire leur avaient d'ailleurs appris que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que, s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir [2]. L'œuvre qui fut entreprise sous l'empire de pareilles préoccupations

[1] Voir Delisle, *Principes d'interprétation*, t. II, p. 682 et suiv.
[2] *Discours préliminaire*, p. IV.

devait être, avant tout, puisée dans une conciliation des divers éléments fournis par l'ancien droit et des exigences manifestées par la transformation sociale qui venait de s'opérer ; et, s'il est vrai de dire avec M. Zachariæ que le Code doit, avant tout, s'interpréter par lui-même, il n'en faut pas moins reconnaître avec lui que les antécédents historiques ne sauraient être négligés, quelque abus qu'on en ait pu faire [1].

V. On appelle *droit philosophique* ou *naturel* l'ensemble des règles que la nature des choses et les enseignements de la raison semblent indiquer comme propres à régir convenablement les rapports sociaux.

S'il est vrai que le droit primitif ne saurait atteindre à cet idéal, et qu'en fait il s'en éloigne toujours, il n'y en a pas moins là un précieux auxiliaire pour l'interprétation :

1° Quelque nombreuses et divergentes que soient les opinions humaines, on y découvre un fond commun dérivant de l'unité originelle de notre nature, et bien souvent, en descendant en soi-même, on y retrouve le fond des pensées dont on veut comprendre la portée ; c'est là ce qu'on appelle *le sens commun*, puissant intermédiaire sans l'intervention duquel l'échange des idées présenterait certainement de bien grandes difficultés. Souvent le contraste que l'interprète croit apercevoir entre ses idées et celles dont il recherche le sens l'avertit, comme instinctivement, qu'il y a quelque chose qu'il n'a pas compris et l'engage à tenter un nouvel examen ;

2° On comprend mieux les autres quand on a étudié le sujet dont ils parlent, et ce sera toujours, pour la saine intelligence d'une loi, un grand avantage que d'avoir approfondi soi-même toutes les exigences auxquelles cette loi devait satisfaire. C'est ici que viennent se classer les règles de bon sens que le Code indique comme devant présider à l'interprétation des contrats, règles généralement applicables aux documents législatifs. C'est également ici qu'il faut placer un grand nombre des aphorismes désignés sous le nom de *brocards du palais*.

Mais, s'il ne faut pas craindre de juger la loi pour la mieux connaître, l'interprète ne doit jamais oublier qu'il ne lui est pas permis de substituer sa propre pensée à celle du législateur. Il

[1] *Manuel*, § 41.

doit combiner l'histoire avec la philosophie pour s'identifier de la sorte avec les idées qu'il doit reproduire dans toute leur vérité et dans toute leur étendue; c'est là ce qu'on appelle *la philosophie du droit positif*, source féconde de progrès tant pour la saine intelligence du passé que pour les perfectionnements dont l'avenir est susceptible.

Plus on aura suivi consciencieusement les phases successivement parcourues par les institutions qui nous régissent, plus on aura mis ces institutions en présence des exigences auxquelles elles devraient satisfaire, mieux on sera placé pour en comprendre la véritable portée. Bien souvent un sentiment d'équité et la nature des choses semblèrent conduire à des résultats différents de ceux qui paraissent, au premier coup d'œil, se manifester dans les textes. Le respect dû à ces derniers ne doit point être un motif de céder trop facilement aux premières impressions qu'on en reçoit; les documents de la jurisprudence fournissent heureusement bien des exemples qui prouvent que, par de nouvelles études plus approfondies, on peut arriver à rétablir l'harmonie entre les enseignements de la raison et le sens vrai de textes plus ou moins obscurs. Ce sont là de belles conquêtes, dont les théologiens eux-mêmes ont reconnu la légitimité : « Il faut, disait saint Thomas, observer deux choses, selon saint Augustin : l'une, que l'écriture a toujours un sens véritable; l'autre, que, comme elle peut recevoir plusieurs sens, quand on en trouve un que la raison convainc certainement de fausseté, il ne faut pas s'obstiner à dire que c'en soit le sens naturel, mais en chercher un autre qui s'y accorde [1]. »

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de citer un plus beau modèle de philosophie de droit positif que le *Système de droit romain* de notre ancien maître M. de Savigny. Il y a là un admirable mélange et une admirable combinaison du droit avec l'histoire et la philosophie; il serait difficile d'exposer d'une manière plus heureuse la filiation, la portée et le mérite des institutions qui font l'objet de cette œuvre remarquable.

VI. Les cinq éléments d'interprétation que nous venons d'exposer peuvent être désignés comme externes, parce qu'ils ne s'appuient pas directement sur la pensée même dont il s'agit de

[1] Citation de Pascal, 18e lettre provinciale.

manifester le sens. Nous devons aborder maintenant un sixième élément, qui se différencie des autres en ce que, s'appuyant plus directement et plus exclusivement sur les lois intimes de la vie intellectuelle et morale, ainsi que nous l'avons déjà dit, il peut être caractérisé comme interne ; c'est l'interprétation purement logique ou, comme disent certains auteurs, logique et systématique.

On sait que les lois d'harmonie qui existent dans la nature physique permettent aux savants de reconstituer, avec leurs instincts et leur genre de vie, des animaux dès longtemps disparus et dont ils n'ont pu connaître que quelques débris osseux échappés à l'action du temps. Il est vrai que la liberté et l'imprévu, qui caractérisent la vie morale, ne permettraient pas de procéder rigoureusement de la sorte en ce qui la concerne : on s'exposerait certainement à bien des erreurs si l'on voulait retracer l'existence interne d'une personne dont on ne connaît que quelques pensées et quelques sentiments isolés ; mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a là aussi des lois dont l'existence n'est pas impossible à constater[1].

C'est parce que nous avons conscience de pareilles lois que nous sommes si facilement frappés de l'ordre ou de l'incohérence qui règne dans un discours ; qu'en suivant les péripéties d'un drame, d'un poëme ou d'un roman, nous disons que les caractères qui s'y trouvent retracés sont vrais ou faux, suivant qu'ils sont plus ou moins conformes à la nature, suivant qu'ils restent plus ou moins fidèles à eux-mêmes dans les situations diverses par lesquelles l'auteur les fait passer. C'est par le sentiment de ces lois que la haute critique a souvent contesté ou défendu l'authenticité de telle œuvre intellectuelle.

N'est-ce pas encore en vertu du même sentiment qu'il nous arrive si souvent de nous entourer fictivement des conseils, des encouragements ou des consolations d'amis absents ou décédés ?

Quelles sont ces lois, et quels services peuvent-elles rendre à l'interprète de la loi ?

Le premier fait qui nous frappe, c'est que toutes les dispositions législatives n'ont pas une égale portée : les unes apparaissent comme principes plus ou moins généraux, les autres

[1] J. Stuart-Mill, *Système de logique*, trad. Peisse, t. II, p. 427 et suiv.

comme énonciations plus ou moins spéciales; les secondes semblent bien souvent n'être que les conséquences des premières. De là ressort la possibilité et même la nécessité de recourir, pour l'interprétation, aux grands procédés logiques de la déduction et de l'induction.

La première descend des principes aux conséquences : elle tend à faire ressortir tout ce qui se trouve virtuellement renfermé dans les énonciations générales. Ce développement de la pensée peut conduire à deux résultats : tantôt il met en évidence des conséquences qui n'étaient énoncées qu'implicitement; tantôt il projette, sur des conséquences énoncées d'une manière plus ou moins obscure, la lumière qui résulte des liens de filiation qui les unissent à la source d'où elles dérivent.

La seconde remonte des conséquences aux principes, soit pour interpréter les seconds par les premières, qui en sont comme une nouvelle expression, soit pour interpréter les premières les unes par les autres.

Elle va même plus loin : elle part souvent d'un certain nombre de dispositions particulières pour mettre en évidence un principe supérieur qui, pour n'avoir pas été énoncé textuellement, n'en a pas moins agi sur l'esprit du législateur et n'en doit pas moins être pris, dans certains cas, en considération, soit pour étendre, soit pour interpréter ces dispositions.

Les procédés de la déduction et de l'induction reposent sur une sorte d'identité supposée entre ces principes et ces conséquences. L'analogie s'appuie sur une simple ressemblance; c'est pourquoi on l'a souvent appelée une *induction incomplète*.

Voici quel nous paraît être le principe justificatif de cet argument, qui conduit, comme ceux que nous venons d'exposer, tantôt à interpréter diverses dispositions les unes par les autres, tantôt à suppléer au silence de la loi.

Il peut se faire que telle énonciation ne paraisse pas susceptible d'être ramenée à quelque principe supérieur dont elle serait la conséquence, mais qu'on sache que le législateur s'est proposé d'atteindre un certain but, qu'il a été dirigé par certains motifs. Or ce but et ces motifs ont souvent une plus grande portée que la disposition qu'ils ont provoquée; il est, par conséquent, possible d'en étendre les conséquences au delà de cette disposition ; cela peut se faire dans deux cas :

1° Plusieurs énonciations se rapportent à des cas différents, mais semblables en ce sens qu'ils paraissent se rapporter au même but et dériver des mêmes motifs. Il y a lieu de les interpréter les unes par les autres ;

2° Une question s'élève qui n'a été prévue ni implicitement ni explicitement par la loi ; mais le cas auquel elle se rapporte présente, avec celui qui a été prévu par un texte, une telle ressemblance que le but et les motifs de cette disposition paraissent manifestement applicables ; il y a lieu de suppléer au silence de la loi et de soumettre le cas imprévu à la solution admise en vue du cas analogue. Il est, en effet, très-probable que le législateur l'aurait fait lui-même si la question se fût présentée à son esprit.

Telle est l'analogie dans toute sa force et toute sa pureté ; ce n'est pas sans vérité qu'un philosophe allemand l'a appelée *une imitation de la loi*[1].

Mais ce procédé ne se présente pas toujours avec la même autorité : il paraît bien moins concluant quand il y a seulement similitude et non identité de but et de motifs ; nous estimons cependant que, même réduite à ce moindre degré, l'analogie doit conserver encore de l'importance.

Ce que l'on appelle généralement « argument par motifs supérieurs » (*argumentum a fortiori*) nous paraît s'appuyer sur le même principe que l'analogie, dans tous les cas où il ne rentre pas, plus ou moins directement, dans quelque procédé d'induction ou de déduction. Il s'agit toujours de rechercher si le but et les motifs de telle disposition doivent faire supposer que le législateur aurait étendu l'application de celle-ci à telle question qu'elle n'a pas prévue ou qu'il a entendu dans le même sens deux ou plusieurs énonciations qui ne sont pas d'une égale clarté.

Après avoir établi que l'identité de but et de motifs peut autoriser à étendre l'application de telle disposition à des cas non textuellement prévus par elle, on est tout naturellement appelé à se demander si l'inverse ne serait pas vrai, si cette disposition

[1] Stahl, *die Philosophie des Rechts* (1re édition), vol. II, liv. II, sect. II, chap. II. — On trouve une appréciation fort remarquable de ce procédé d'interprétation dans Trendelenburg, *Naturrecht*, § 73, und anmerkung.

ne devrait pas être considérée comme inapplicable toutes les fois que le but et les motifs qui lui ont donné naissance paraissent faire complétement défaut. C'est là une des questions les plus difficiles; si nous devions la trancher d'une manière absolue, nous le ferions dans un sens négatif, parce que la loi puise en elle-même le principe de son autorité et que l'on peut d'ailleurs bien rarement être certain qu'elle repose exclusivement sur tel but et tels motifs déterminés. Nous craindrions cependant de nous prononcer à cet égard d'une manière trop générale; la solution nous paraît dépendre, en définitive, de la clarté plus ou moins grande des textes, de la conviction plus ou moins certaine que la disposition dont il s'agit ne repose bien que sur tel but ou tels motifs, et de la certitude avec laquelle paraît se manifester l'intention probable du législateur. Bien que les articles 29 et suivants du Code pénal prononcent l'interdiction de certains condamnés, nous comprenons qu'il ait été généralement admis que la nullité résultant de cette interdiction ne saurait être purement relative aux termes des articles 509 et 1125 du Code Napoléon. — L'assimilation n'est pas énoncée en termes assez absolus pour que l'on doive se refuser d'y introduire une limitation qui résulte de la nature des choses.

Ce ne sont pas seulement les rapports d'identité ou de similitude qui peuvent servir à l'interprétation de la loi; les rapports d'opposition conduisent souvent au même but. Certains faits s'excluent réciproquement; les sentiments et les pensées participent à cette loi, et bien souvent l'énonciation des uns suffit pour écarter les autres. On retrouve ici l'application des règles tirées par les logiciens de ce qu'ils appellent *les principes de contradiction et d'exclusion*, d'après lesquels une affirmation implique négation du contraire et une négation implique affirmation du contraire[1]; c'est là ce qu'on appelle « l'argument d'opposition » (*argumentum a contrario*).

Ce moyen d'interprétation est fort usité et conduit à bien des erreurs quand on en fait usage sans discernement. Il ne suffit pas, en effet, que le législateur n'ait compris textuellement que certains cas dans l'énonciation d'une règle pour en conclure que tous les autres doivent par cela même être exclus. Il peut

[1] J. Stuart-Mill, *Système de logique*, traduction Peisse, t. I, p. 314.

se faire que la règle dont il s'agit ne soit que la conséquence d'un principe général et que les cas textuellement énoncés ne l'aient été qu'à titre d'exemples, ou dans le but d'écarter les doutes qui auraient pu s'élever sur l'application de la règle en ce qui les concerne spécialement. Cet argument n'en a pas moins une grande force toutes les fois que l'on peut constater une véritable opposition ou qu'il est manifeste que c'est à titre d'exception que telle disposition a été insérée dans le texte de la loi.

Il semble que l'interprétation purement logique puisse se ramener aux trois rapports d'identité, de ressemblance ou différence et d'opposition mentionnés ci-dessus. Nous croyons cependant que ce n'est pas tout : le contexte, qui a toujours été considéré comme fournissant à cet égard de puissants moyens, ne peut pas toujours justifier son importance par l'un ou l'autre de ces rapports. Nous croyons pouvoir l'affirmer : la simple circonstance que certaines idées ont été énoncées les unes à la suite des autres jette nécessairement plus ou moins de jour sur le sens que chacune d'elles doit revêtir. Nous avouons qu'il ne nous est pas possible de nous expliquer plus amplement à cet égard : nous dirons que l'interprète tire souvent un grand parti des rapports de subordination ou tout au moins de coordination qui existent bien souvent entre les idées qui se suivent plus ou moins immédiatement, sans qu'il soit toujours possible de ramener à la forme d'un argument spécial les motifs de décision qui s'y trouvent[1]. — Ce genre d'interprétation a pu quelquefois paraître se confondre avec les procédés grammaticaux, mais c'est bien sur la logique qu'il s'appuie. — Nous ne pousserons pas plus loin cet exposé de principes généraux. Nous verrons dans l'article suivant de quelle manière notre auteur a procédé en pareille matière, et nous profiterons des détails dans lesquels nous devrons entrer pour exposer avec plus de précision les règles de la science et les exceptions ou limitations qu'il faut imposer à ces règles.

[1] Cette matière a été traitée avec soin par M. Lang, *Beitræge zur Hermeneutik*, p. 184.

ARTICLE II.

M. Zachariæ a-t-il toujours fait une heureuse application des règles de l'interprétation?

Nous ne pouvons avoir la prétention de présenter ici une énumération complète et une critique exacte et rigoureuse des solutions adoptées par notre auteur au sujet des nombreuses difficultés qui résultent de l'interprétation du Code. Nous devons nous contenter d'une appréciation générale, appuyée sur un certain nombre d'exemples. Désirant mettre de l'ordre dans cette étude, tout en la faisant servir de complément et de contrôle à ce que nous avons dit sur la théorie générale, nous adopterons les mêmes divisions et nous nous occuperons successivement : 1° de l'interprétation grammaticale; 2° de l'importance des rubriques; 3° des travaux préparatoires; 4° de l'ancien droit et de l'ancienne doctrine; 5° de la nature des choses ou de l'élément philosophique; 6° de l'élément logique.

I. Notre auteur a exposé d'une manière généralement exacte les règles de l'interprétation grammaticale et les rapports qui doivent exister entre elle et les autres procédés avec lesquels elle doit combiner son action.

C'est bien, en effet, aux résultats fournis par ces procédés qu'il faut recourir toutes les fois que les mots sont obscurs ou équivoques et qu'il n'est pas possible de les interpréter grammaticalement les uns par les autres. La nature des choses indique, par exemple, le sens que le mot absent doit revêtir dans chaque cas donné[1]; c'est elle encore qu'il faut consulter pour savoir si dans l'article 1595 les mots *exclusion de communauté* doivent se prendre dans un sens général ou dans le sens technique énoncé art. 1530 et suiv.[2].

Les définitions fournies par le législateur ne dispensent pas toujours de recourir à ce genre de contrôle; il serait, par exemple, bien difficile de donner au mot *meuble*, employé dans l'article 452, le sens qui paraîtrait résulter de la définition com-

[1] *Manuel*, §§ 147 et suiv.
[2] *Ibid.*, § 351.

prise en l'article 533[1]; et, si l'on combine les articles 690, 2264 et 2265, on arrive à reconnaître que, dans cette dernière disposition, le mot *immeuble* ne revêt pas le sens général que semblerait lui donner l'article 526[2]. Il peut même se faire qu'une erreur de langage se manifeste et doive être corrigée; c'est ainsi qu'on s'accorde généralement à reconnaître que l'article 442 doit faire substituer, dans l'article 408, les mots *ascendantes veuves* à ceux de *veuves d'ascendants*[3]. L'auteur nous semble aller trop loin dans ce sens quand il entend d'une simple réductibilité la nullité prononcée par l'article 1099. C'est là d'ailleurs une question fortement controversée[4].

La plus contestable des assertions émises en cette matière par M. Zachariæ est celle où il avance que chaque loi doit être restreinte dans le champ d'application que lui assignent les motifs sur lesquels elle repose.

Nous croyons que ce principe est énoncé d'une manière trop absolue. C'est là une doctrine fort controversée[5] et sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué dans la théorie générale; nous ne voyons pas d'ailleurs qu'en fait elle ait exercé une grande influence pratique sur l'interprétation du Code. C'est ainsi que notre auteur, tout en pensant que les motifs de l'article 1328 pourraient le faire prendre dans un sens purement énonciatif, admet cependant que la rédaction qui a été adoptée doit faire prévaloir le sens limitatif[6].

II. Nous n'ajouterons que bien peu de chose à ce que nous avons dit au sujet des rubriques du Code.

Il est généralement reconnu que ces documents ne peuvent avoir qu'une importance relative et qu'il faut toujours les sou-

[1] *Manuel*, §§ 111, 170, 258, 619, 711.

[2] *Ibid.*, § 251. — Voir aussi Aubry et Rau, § 251, note 1.

[3] *Manuel*, § 93.

[4] *Ibid.*, § 690. — Voir Code Sirey, ad 1099.

[5] Glück, *Ausfuhrliche Erlæuterung*, VI, § 36; Thibaut, *Logische Auslegung*, §§ 23 et 24; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 65; Savigny, *System*, § 34; Vangerow, VI, chap. 1; Mailher de Chassat, *Interprétation des lois*, § 120; Deliste, *Principes de l'interprétation*, t. II, § 173; Dalloz, au mot *Loi*, n° 508; Merlin, *Motifs des lois*, § 2; *Divorce*, sect. IV, § 10; *Inscription hypothécaire*, § 3; *Restitution pour délits forestiers*, n° 2; Aubry et Rau, t. I, p. 120.

[6] *Manuel*, § 752, note 36.

mettre rigoureusement au contrôle des autres moyens d'interprétation; mais, si l'on est d'accord sur les principes, on n'en diffère pas moins sur les applications qui doivent en être faites [1].

Deux questions principales paraissent se présenter ici.

1° Dans quelle mesure le fait qu'une disposition se trouve placée sous une rubrique à laquelle on peut la croire plus ou moins étrangère peut-il faire assimiler cette disposition à celles qui la précèdent ou qui la suivent et permettre de la compléter par elles?

2° Dans quelle mesure le même fait peut-il influer sur la portée de cette disposition?

Nous retrouvons ici l'idée que notre auteur pouvait exprimer convenablement en allemand par les mots *qualité* et *quantité*.

Il serait difficile d'énoncer à cet égard des règles absolues. Il faut reconnaître à l'interprète une grande liberté d'appréciation. Le contexte, la nature des choses et les travaux préparatoires doivent lui servir de direction, tout en se combinant avec l'élément logique et systématique. M. Zachariæ nous paraît s'être généralement tiré d'une manière heureuse des difficultés que ce sujet présente; c'est ainsi qu'il a raison, suivant nous, de repousser l'assimilation générale qu'on a voulu établir entre la puissance paternelle et la tutelle en argumentant de la place occupée dans le Code par l'article 389 [2].

Nous admettons avec lui que les règles énoncées sous la rubrique des obligations conventionnelles sont généralement applicables aux obligations légales, sauf les modifications pouvant résulter de la nature des choses [3].

L'article 1139, traçant les formalités de la mise en demeure, paraît applicable aux obligations de faire, bien qu'il soit placé sous la rubrique des obligations de donner [4].

L'article 1895, inséré dans la rubrique du prêt de consommation, paraît applicable à toute obligation de payer une somme d'argent [5].

III. Notre auteur a fait un fréquent usage des travaux préparatoires, et les principes dirigeants exposés à cet égard dans

[1] Delisle, *Principes*, t. II, p. 703 et suiv.
[2] *Manuel*, § 99; Aubry et Rau, t. I, p. 123.
[3] *Ibid.*, § 296.
[4] *Ibid.*, § 302.
[5] *Ibid.*, § 318, note 10.

l'introduction du *Manuel* sont d'une incontestable vérité. Il place au premier rang d'importance les discussions qui ont eu lieu dans le sein du conseil d'Etat et les observations présentées au nom du Tribunat, mais il se garde bien d'exagérer l'autorité de ces documents.

« L'on tomberait dans l'erreur, dit-il, si l'on voulait comparer à une interprétation authentique les déclarations faites par les membres du conseil ou les opinions adoptées par la majorité et même par l'unanimité de ces membres. »

Il résulte de cette observation qu'il ne serait pas permis de s'écarter du sens clair et précis des textes en ne s'appuyant pour cela que sur une argumentation tirée de ces documents; c'est ainsi que notre auteur admet, avec raison, suivant nous, qu'il n'y a pas lieu de déclarer l'article 1657 inapplicable aux matières commerciales[1]. Peut-être n'a-t-il pas tenu suffisamment compte de ce genre d'argument quand il admet, en principe, que la nullité prononcée par l'article 948 devrait être couverte par la tradition des objets donnés. Il semble penser que cette tradition constituerait toujours une donation manuelle, valable en elle-même, ce qui peut fort bien ne pas être exact[2].

Nous inclinons à penser, au contraire, qu'il a donné une trop grande importance à cet élément d'interprétation et n'est pas resté complétement fidèle aux principes qu'il s'était posés quand il a admis que la dette alimentaire s'étend aux alliés d'un ordre supérieur. Le texte de l'article 206 et la nature exceptionnelle ou tout au moins fort spéciale de cette dette ne nous paraissent pas autoriser une telle extension, que l'on prétend faire ressortir des travaux préparatoires. Notre auteur n'émet d'ailleurs cette interprétation que sous une forme plus ou moins dubitative[3].

Les discours officiels prononcés à l'occasion du Code lui apparaissent avec raison ne pas revêtir une autorité plus grande que celle qui doit être attribuée aux opinions d'un interprète instruit. Il fait même observer qu'il s'y est glissé des erreurs par suite de la précipitation du travail[4].

[1] *Manuel*, § 356 (MM. Aubry et Rau se déclarent dans le sens opposé, § 356).

[2] *Ibid.*, § 660; Aubry et Rau, § 660.

[3] *Manuel*, § 552.

[4] *Ibid.*, § 41.

Ces bases, adoptées comme principes dirigeants, nous paraissent solidement établies, et nous croyons qu'en proposant des distinctions plus nombreuses nous n'avons fait que développer la pensée de notre auteur.

Qu'il nous suffise maintenant d'ajouter, aux considérations générales qui précèdent, un certain nombre d'exemples destinés à montrer comment M. Zachariæ faisait usage de ce genre d'argumentation, qui doit se combiner, comme nous l'avons dit, avec les autres moyens d'interprétation et subir les correctifs et le contrôle qui peuvent en résulter, mais n'en a pas moins une grande importance.

On admet certainement avec plus de sécurité qu'en matière d'interdiction il n'y a pas d'autre tutelle légale que celle du mari quand on sait que le conseil d'Etat a rejeté la proposition faite par le Tribunat de rédiger l'article 505 de manière à maintenir ce genre de tutelle dans l'hypothèse prévue par cette disposition[1].

Le changement de rédaction subi par l'article 756 et le retranchement du mot *créance*, qui s'y trouvait précédemment, tendent bien certainement à manifester plus clairement que l'enfant naturel acquiert un véritable droit de propriété sur les biens de ses parents qui l'ont reconnu[2].

Nous croyons, au contraire, que notre auteur donne une trop grande importance aux travaux préparatoires quand il en conclut que la prescription prévue en l'article 642 peut résulter de travaux opérés sur le fonds inférieur. Les principes généraux paraissent repousser une pareille solution[3].

Qu'il nous soit permis de dire, en terminant ce qui tient à ce sujet, que bien souvent il peut y avoir doute sur la véritable portée des travaux préparatoires. C'est ainsi que M. Zachariæ pense qu'il résulte des observations du Tribunat sur l'article 395 que le nouveau mari d'une mère de famille qui ne s'est pas mise en règle au sujet de la tutelle de ses enfants doit être responsable de l'administration antérieure, tandis que MM. Demolombe

[1] *Manuel*, § 126; Locré, *Législation*, ad 505.

[2] *Manuel*, § 236; Locré, *Législation*, ad 642; Sirey, Code, ad 642.

[3] *Manuel*, § 638, et Locré.

et Valette prétendent, au contraire, tirer du même document une induction diamétralement opposée [1].

Il est clair qu'il se présente dans ces cas une question d'appréciation qui doit être avant tout résolue.

IV. Notre auteur a bien compris toutes les ressources que l'histoire peut fournir à l'interprète, et les difficultés du sujet ne lui étaient point inconnues. Il procède à cet égard avec beaucoup de méthode et présente une doctrine qu'il appuie sur des principes d'une incontestable vérité.

Après avoir indiqué sommairement la part d'importance qui revient à chacun des éléments dont le Code est composé : au droit romain, aux coutumes, aux ordonnances, au droit intermédiaire, à la doctrine philosophique, il insiste sur la fusion qui s'est opérée entre eux et formule la règle suivante :

« Si la loi nouvelle doit généralement s'interpréter d'après les documents qui lui ont servi de base, si, dans le doute, il convient d'admettre que l'ancien droit a été conservé, il n'en faut pas moins se garder d'introduire dans les dispositions en vigueur les principes qui ne s'y trouveraient énoncés ni directement ni implicitement; il faut aussi d'autre part tenir compte des conséquences qu'une règle nouvellement admise doit avoir même en dehors des changements qu'elle a fait subir aux textes [2]. »

Constamment préoccupé de faire une sage application de ce principe dirigeant, M. Zachariæ consacre beaucoup de soins à retracer sommairement les destinées historiques et les combinaisons de ces éléments divers ; il indique les sources auxquelles il faut recourir pour en faire une étude plus approfondie, reproduit les traits caractéristiques qui les distinguent, et s'efforce de faire ressortir les liens logiques et systématiques qui en font un ensemble.

Forcés de nous restreindre, nous nous arrêterons aux aspects les plus généraux de cette question, en prenant pour points de départ les trois grandes divisions auxquelles tout droit peut se

[1] *Manuel*, § 121; Locré, *Législation*, ad 395; Valette, *Explication sommaire*, p. 231; Demolombe, n° 123.

[2] *Manuel*, §§ 15 et 41.

ramener : la personne et la famille, les biens et les faits juridiques.

1. M. Zachariæ s'attache à définir ce qu'il appelle « l'état des personnes » (*status, caput*). C'est, dit-il, la capacité juridique ou le pouvoir de s'engager et d'engager les autres d'une manière valable en droit. Cette définition met peut-être trop en saillie l'exercice du droit et laisse trop dans l'ombre ce qui en constitue la simple jouissance.

L'auteur ajoute que le mot *état* revêt quelquefois en droit civil un sens plus étroit désignant les rapports de famille : « Telle paraît être, dit-il, la différence que l'article 3 du Code fait ressortir entre l'état et la capacité ; il faut admettre que, dans cette disposition, le mot *état* présente le sens d'état de famille (*status familiæ*) des Romains[1]. »

Nous ne pensons pas que ces réminiscences de l'ancien droit soient heureuses : elles tendent à affaiblir l'idée qu'il faut se former des changements qui se sont opérés dans les principes sociaux.

L'état politique et civil des personnes se trouve moins lié à leur capacité qu'il ne l'était en droit romain ; cela est tout particulièrement vrai de la famille : l'ancienne distinction des personnes en dépendantes et indépendantes (*alieno juri subjectæ* et *sui juris*) a presque complétement disparu.

Connaissant fort bien les transformations qui s'étaient opérées, M. Zachariæ aurait dû s'éloigner davantage de l'ancienne terminologie et de l'ancienne méthode d'exposition.

Mais ce n'étaient pas seulement ses souvenirs d'érudition classique qui tendaient à l'égarer en pareille matière : sa doctrine philosophique et la singulière assimilation qu'il avait admise entre les droits réels et les rapports de famille devaient le conduire aux mêmes résultats. Cette assimilation se présente d'une manière vraiment choquante dans les *Principes philosophiques du droit privé :* on y voit figurer deux fois chacune des catégories de droit réel, d'abord comme s'exerçant sur les choses, ensuite comme s'exerçant sur les personnes.

La terminologie employée par l'auteur mérite d'être rappelée. Les trois chapitres consacrés à l'exposition des droits

[1] *Manuel*, §§ 52 à 55.

réels de la seconde espèce sont intitulés de la manière suivante :

1° « Du droit de propriété s'exerçant sur une personne ». Il y est question du mariage et du droit des parents, ce dernier dérivant cependant du devoir ;

2° « De la domesticité » (*hausherren-recht*), ou du droit de servitude s'exerçant sur une personne que l'on possède dans le but d'en tirer quelques services. Ce droit peut aller jusqu'à autoriser une revendication en mains tierces, mais il ne peut être aliéné sans le consentement du serviteur ;

3° « Du droit de gage s'exerçant sur une personne ». C'est principalement ici que l'assimilation pouvait être dangereuse ; l'auteur ne la pousse pas jusqu'à admettre un droit de vente : il s'agit seulement d'une séquestration destinée à augmenter chez le débiteur les motifs de payer, et à fournir au créancier le moyen de s'emparer plus facilement des biens qui peuvent survenir au débiteur. C'est la contrainte par corps.

Les rapports que le mariage établit entre les époux sont énoncés avec un *positivisme* que nous serions embarrassé de reproduire en français. L'auteur conclut de ce que ce positivisme peut avoir d'abject et d'humiliant qu'une pareille union ne peut être reconnue par le droit qu'autant que chacun des époux devient d'une manière absolue la propriété de l'autre ; de là résulte non-seulement l'obligation d'une vie commune et d'une aide réciproque (*obligatio ad vitæ consortium et mutuum adjutorium*), mais encore un véritable droit de revendication ; et comme la fortune est un attribut de la personne, l'union conjugale doit avoir pour conséquence une complète communauté des biens[1].

Cette théorie, plus ingénieuse que prudente et vraie, reproduite en termes fort adoucis dans les quarante livres sur l'Etat, a souvent laissé son empreinte dans le *Manuel*. Nous la retrouverons quand nous étudierons les bases adoptées par l'auteur pour les grandes divisions de son système, et nous allons bientôt la voir exercer une action malheureuse sur la définition des biens. M. Puchta avait bien raison quand il écrivait en 1838 que, généralement abandonnée, cette doctrine n'en avait pas

[1] § 90.

moins laissé des traces fâcheuses de son passage dans la science [1].

Hâtons-nous cependant de le reconnaître, c'est là un reproche qui, en ce qui concerne M. Zachariæ, s'adresse à la forme plus qu'au fond, et nous devons ajouter que cette observation s'applique à la plupart des critiques que nous aurons à faire sur les théories générales de l'auteur. Il n'en était pas moins nécessaire de nous expliquer à cet égard avec une entière franchise, parce qu'il y a toujours une grande importance à examiner les bases sur lesquelles repose un système.

Les doctrines que nous venons d'exposer pourraient peut-être s'appuyer en quelque sorte sur le droit romain, mais notre Code leur est bien certainement contraire.

Des trois catégories d'états sanctionnées par le premier (*status libertatis*, *civitatis*, *familiæ*), il ne mentionne la troisième qu'en lui donnant un sens fort différent; il ne tient plus aucun compte des distinctions admises par la première. Peut-être a-t-il conservé la seconde plus intacte, mais il y a controverse à cet égard, et c'est d'ailleurs un point sur lequel il est intervenu de profondes modifications dans la législation postérieure.

M. Zachariæ nous paraît dans le vrai quand il estime que, suivant la rigueur des principes d'interprétation, les mots *droits civils* qui se lisent dans les articles 8 et 11 doivent s'entendre dans le sens opposé à ce que les Romains appelaient « droit des gens » (*jus gentium*).

Nous comprenons d'ailleurs les considérations diverses qui lui font proposer une doctrine plus libérale et d'une application moins difficile. C'est là un des cas fort rares où notre auteur paraît abandonner la rigueur des conclusions juridiques en vue de convenances théoriques; encore ne le fait-il que sous forme dubitative. Il propose d'admettre que par *droits civils* mentionnés dans ces articles il faut entendre les droits qui sont textuellement attribués d'une manière exclusive aux Français. L'opinion contraire, quelle que soit sa valeur juridique, paraît plus conforme aux idées du moyen âge qu'à celles du temps présent;

[1] *Pandekten*, § 118.

elle prête à l'arbitraire et a contre elle l'esprit de la loi du 14 juillet 1819 sur le droit d'aubaine [1].

II. Le mot *bien*, tel qu'il est employé dans le second livre du Code, présente une idée quelque peu complexe, mais essentiellement pratique et facile à saisir.

Il désigne des droits acquis sur certaines choses ou certaines prestations, et qui, sans modifier l'état civil des personnes, viennent se grouper autour d'elles pour augmenter la somme des avantages dont elles peuvent disposer. Ces droits sont susceptibles d'être estimés en argent; ils sont aliénables et transmissibles. Considérés dans leur ensemble en tant qu'attributs d'une personne déterminée, ils constituent ce que l'on appelle *la fortune* ou *le patrimoine* de cette personne, sa puissance (*vermœgen*), comme dit énergiquement la langue allemande.

C'est dans ce sens traditionnel qu'il est dit que les biens sont meubles ou immeubles, qu'ils forment le gage commun des créanciers, qu'ils peuvent leur être abandonnés, que ceux qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat (C. Nap., art. 516, 537, 711, 713, 1265, 2092, 2093).

Il y a là, il faut bien le reconnaître, une sorte de fusion et d'identification du droit avec les choses ou les prestations auxquelles il se rapporte.

A cette terminologie conforme au droit romain [2] et à l'esprit général du Code, notre auteur substitue une théorie manifestement empruntée à la philosophie kantienne [3], et qui, sans être fausse d'une manière absolue et sans avoir conduit l'auteur à des erreurs de détail, n'en paraît pas moins peu d'accord avec les textes, et n'en présente pas moins une conception quelque peu différente de celle qui a été réellement admise.

« Les objets auxquels se rapportent les droits d'une personne, ou ces droits considérés quant à leur teneur (*quoad materiam*), s'appellent *biens*. Ils existent ou peuvent exister dans la nature physique, d'où résulte que tous les biens sont des objets corpo-

[1] § 76.

[2] D. (50-16), L. 49.

[3] Voir Kant, *Droit naturel*, traduction Barni, p. 54 et suiv.; Zachariæ, *Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts*, § 24; Vierzig Bücher, t. IV, p. 111; *Manuel*, § 168.

rels. Cependant, ajoute l'auteur, on désigne quelquefois par ce mot les droits que l'on a sur certains objets et les moyens d'exercer ces droits : *qui actionem habet rem ipsam habere videtur*. De là vient la distinction des biens en corporels et incorporels. »

Cette définition paraît jusqu'ici conforme à l'esprit du Code ; mais on ne tarde pas à voir qu'elle n'a pas la même portée.

Notre auteur comprend en effet sous cette dénomination non-seulement ce qu'il appelle biens innés, c'est-à-dire la vie, la santé, la liberté, le pouvoir d'agir sur le monde extérieur, et d'entrer en rapport avec d'autres personnes, biens ou droits qui constituent ce que l'on appelle généralement *la capacité juridique* et dont l'auteur s'est occupé sous la rubrique de l'état civil, mais encore tous les droits acquis et spécialement ceux qui résultent des rapports de famille.

« Les biens, dit-il, sont innés ou extérieurs. Ces derniers, qui se distinguent des premiers en ce qu'ils ne sont pas nécessairement supposés par le seul fait qu'on admet l'existence d'une personne, sont des personnes ou des choses.

« Les personnes peuvent être de deux manières les objets du droit civil : on peut les posséder, les tenir en sa puissance, ou bien seulement avoir le droit d'exiger d'elles une prestation [1]. »

Nous croyons que l'auteur a eu tort de s'écarter ainsi du sens traditionnel des mots pour lui en substituer un qui, vrai peut-être en abstraction philosophique, n'est pas sans danger dans l'exposition des doctrines contenues au Code.

Que la capacité juridique puisse être considérée comme un droit ou comme un bien, comme dit notre auteur, nous l'admettons à la rigueur ; mais c'est là un droit ou un bien d'une nature toute particulière, auquel ne sauraient en aucune façon s'appliquer les dispositions du Code où ce dernier mot se trouve employé. Ce droit ou ce bien est inaliénable, intransmissible, et plus lié que tout autre à l'existence de la personne ; il la crée ou la modifie. La même observation s'applique, dans une certaine mesure, aux droits résultant des rapports de famille : le Code a eu raison de ne pas les comprendre sous la dénomination de *biens*, parce qu'ils doivent être soumis à des règles spéciales.

[1] §§ 168 et 573 combinés avec les pages 111 à 135, t. IV des Vierzig Bücher.

C'est un sujet sur lequel nous reviendrons quand il s'agira de l'ordre suivi par l'auteur dans le *Manuel*.

Nous devons ajouter que, dans la belle théorie du patrimoine qui est un des principaux mérites de l'ouvrage, l'auteur emploie le mot *biens* dans un sens qui se rapproche beaucoup de celui qu'il revêt dans le Code.

Il ne pouvait pas en être autrement, et cette circonstance même prouve combien il est convenable d'employer des termes différents quand il s'agit d'idées qui ne sont pas les mêmes. Il y a d'ailleurs ici, en apparence tout au moins, plus qu'une simple question de mots; l'auteur se laisse manifestement entraîner par ses conceptions philosophiques sur les droits acquis. On ne peut méconnaître dans cette exposition les traces d'un système où le corps humain est représenté comme la seule base des biens ou des droits innés, et comme l'intermédiaire unique et nécessaire de toute acquisition de droits ou de biens, comme dit l'auteur, système où il est dit que les choses corporelles, seules susceptibles d'être soumises à une action mécanique, sont par cela même seules susceptibles d'être les objets du droit, système qui conduirait à ne pas reconnaître l'honneur comme bien inné et à ne considérer la liberté de la presse que comme un certain usage que l'on fait de son corps et de sa fortune.

Il y a là un matérialisme apparent qui était certainement fort loin de la pensée intime de l'auteur; et bien qu'il soit vrai de dire à la rigueur que le droit, se distinguant de la morale par la contrainte physique sur laquelle il s'appuie, ne peut par cela même s'exercer que sur les objets extérieurs, nous ne pensons pas qu'il soit convenable de faire abstraction des éléments moraux qui lui servent de base.

Les biens, dans le sens du Code, se divisent en deux grandes catégories : les droits réels et les obligations ou droits personnels. Le droit romain divisait nettement les obligations en civiles et naturelles. C'était là une théorie qui naissait naturellement des principes particuliers à ce droit.

L'article 1235 du Code Napoléon est le seul où les obligations naturelles soient textuellement mentionnées; il porte que la répétition n'est point admise à leur égard lorsqu'elles ont été volontairement acquittées. L'article 1967 paraît contenir une application de ce principe.

Deux questions se présentent ici :

1° Que faut-il entendre par *obligations naturelles* dans le langage du Code?

2° Quels doivent en être les effets?

M. Zachariæ procède avec beaucoup de prudence en ce qui concerne ce sujet, qui est traité d'une manière très-succincte dans le Code, et qui a été pour M. de Savigny l'occasion de graves erreurs, tendant à lui faire admettre la persistance pure et simple du droit romain. Il ne renvoie à ce droit ni pour la définition des obligations naturelles ni pour les effets qu'elles doivent produire, reconnaissant implicitement ainsi les modifications profondes que le Code a fait subir à cette matière [1].

Sa doctrine est inattaquable quand on la considère à son point de vue négatif : il a eu raison d'admettre que le droit romain ne saurait plus régner ici d'une manière absolue; mais on regrette qu'il n'ait pas indiqué plus complétement les nouvelles règles qui ont pris la place des anciennes. Il abandonne la première question à l'appréciation du juge sans énoncer aucun principe dirigeant; et quant à la seconde, il se contente de renvoyer aux articles 1235 et 2012 du Code, articles qu'il semble prendre en général dans un sens limitatif [2]. Il admet toutefois que la prescription laisse subsister l'obligation naturelle [3], mais il ne développe pas les conséquences de ce principe.

III. Bien que les faits juridiques soient innombrables, ils peuvent se ramener à deux grandes catégories : les uns tirent leur efficacité de la loi seule; les autres la reçoivent de la volonté individuelle sanctionnée par la loi. Nous nous contenterons de présenter quelques observations sur la manière dont notre auteur a compris le système du Code en ce qui concerne la succession héréditaire et les contrats.

Nulle part dans le Code l'histoire ne revêt une plus grande importance que dans la doctrine des successions héréditaires. C'est là que les éléments divers fournis par l'ancien droit se sont le plus fortement mélangés et fondus; c'est là aussi que les

[1] Savigny, *Obligationen*, t. I, p. 127; C. Nap., art. 1235, 1341, 1376 à 1381; *Manuel*, § 297.

[2] Comparez §§ 297, 323, 339, 659.

[3] Voir §§ 775 et 776.

nouvelles théories politiques et sociales ont, pendant un certain temps, fait sentir le plus fortement leur influence.

M. Zachariæ comprenait fort bien les exigences d'un pareil sujet d'étude. Nous le voyons remonter aux sources de chacune des dispositions qu'il interprète, et faire ressortir avec netteté les conséquences des principes adoptés.

Peut-être pourrait-on penser qu'il exagère le degré d'influence exercée dans le Code par l'élément germanique? Est-il bien exact de dire que c'est là qu'il faut chercher le principe fondamental du nouveau droit? Peut-on ajouter, comme le fait l'auteur, que ce principe se trouve dans l'idée d'une propriété commune à la famille?

Nous savons que ces questions sont fortement controversées et le seront probablement encore longtemps. Si le Code s'est rapproché des principes germaniques en adoptant comme base la dévolution légale, il s'en est bien éloigné en sanctionnant le principe de l'unité de succession, et les règles restrictives des dispositions entre-vifs ou testamentaires rappellent bien certainement le caractère moral de la légitime romaine.

M. Zachariæ s'exprime avec clarté et précision sur les effets de la saisine légale. Il l'assimile cependant en termes trop généraux à la position faite par le droit romain aux héritiers siens (*heredes sui*). Ces derniers avaient de plein droit la propriété des valeurs composant la succession, mais ils n'avaient pas la possession, et notre auteur reconnaît bien celle-ci comme une conséquence des nouveaux principes[1].

Il n'est pas dans le vrai quand, s'appuyant sur quelques tendances du droit germanique, il propose de reconnaître cette saisine, en ce qui concerne les tiers, non-seulement aux héritiers qui doivent effectivement recueillir la succession, mais à un et chacun des parents qui se trouvent à un degré successible.

Ce principe aurait une grande importance s'il pouvait être solidement établi : la jurisprudence en matière d'aliénations faites par l'héritier apparent y trouverait un puissant appui ; mais il ne paraît pas reposer sur une base solide.

Les mots *héritiers légitimes* insérés dans l'article 724 du Code ne peuvent s'entendre que des parents appelés à recueillir la

[1] *Manuel*, § 609 ; Savigny, *Possession*, p. 285 de la traduction Beving.

succession. C'est dans ce sens que s'exprimait l'article 318 de la coutume de Paris ; il n'est pas admissible que les rédacteurs du Code aient voulu enchérir sur les anciens principes germaniques au moment même où ces principes venaient d'être solennellement abandonnés en ce qui concerne la dévolution des biens entre les membres de la famille. L'article 732 n'est en effet que la reproduction d'une règle de l'époque révolutionnaire ; et en supposant même qu'une sorte de copropriété dût être considérée comme servant de base au droit de succession germanique, cette copropriété ne devrait s'étendre dans ses effets immédiats qu'aux héritiers présomptifs; c'est là tout au moins ce qui paraît le plus conforme à la nature des choses, et rien n'autorise à placer à ce égard tous les membres de la famille sur un pied d'égalité, même en ce qui concerne les tiers[1].

Nous croyons qu'on ne peut pas, sans exagérer l'influence de l'élément germanique, admettre avec notre auteur que les créanciers de la succession ne sont pas tenus de diviser leur action entre les héritiers du sang et les légataires universels ou à titre universel; il nous semble que ce n'est pas tenir assez compte des assimilations faites entre les légataires et les héritiers dans les articles 1002, 1009 et 1012 combinés avec les articles 871 et 873[2].

Nous ne terminerons pas ce que nous avons à dire au sujet des successions sans ajouter que l'auteur ne nous paraît pas être dans le vrai quand il estime que le partage entre les deux lignes n'avait plus sa raison d'être depuis qu'on avait renoncé aux principes du droit coutumier sur ce qui s'appelait alors *biens propres*[3]. Il est vrai que ce mode de répartition a complétement changé de nature en passant dans la législation nouvelle : ce n'est plus une sorte de restitution faite à chaque branche de la la famille des biens provenant d'elle, c'est une attribution d'un genre nouveau ; mais on ne peut pas dire qu'elle n'ait pas sa raison d'être. Nous pensons au contraire que les affections et,

[1] Voir spécialement Siegel, *das Teusche Erbrecht*, p. 95 Bluntschli, *Privatrecht*, § 39. — L'opinion de notre auteur paraît d'ailleurs être restée fort isolée. Voir Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, p. 133 ; traduction Massé et Vergé, § 376.

[2] *Manuel*, § 636. — Voir de plus Aubry et Rau, § 636, note 5.

[3] *Manuel*, § 16.

dans certaines limites, les devoirs de famille se reportent assez naturellement du père et de la mère prédécédés sur la parenté de chacun d'eux sans se concentrer sur les membres les plus rapprochés dans une seule ligne. Peut-être le Code est-il allé trop loin dans ce sens.

Le contrat est une déclaration de volonté par laquelle plusieurs personnes se donnent réciproquement acte de leur accord tendant à influer d'une manière déterminée sur leur droit[1].

Deux graves questions se sont élevées sur les rapports qui existent à cet égard entre le droit romain, aux termes duquel un tel acte ne suffit pas pour transférer la propriété[2], et le Code Napoléon, dont certaines dispositions semblent énoncer un principe contraire (art. 711, 1138, 1583, 1702, 1832, 1892) :

1° La nécessité de la livraison effective n'aurait-elle pas été conservée pour la translation de la propriété des meubles corporels ?

2° La transcription du contrat n'aurait-elle point été substituée à la tradition comme formalité nécessaire aux fins de transmettre la propriété immobilière ?

Notre auteur aborde ces deux questions avec sa prudence ordinaire. L'article 1141, au sujet duquel s'est élevée la première, lui paraît insuffisant pour faire admettre une modification générale en fait de membres corporels au principe en vertu duquel la simple force des contrats suffit à transférer la propriété. Il ne voit là qu'une disposition spéciale qui doit être restreinte dans ses termes[3]. Quant à la seconde, qui est née des travaux préparatoires, notre auteur s'en tient sagement aux textes : il maintient le principe nouveau si énergiquement proclamé par le Code, et s'attache seulement à rechercher quels peuvent être les effets de l'absence de transcription dans les cas spéciaux où elle a été exigée[4].

Il fait aussi ressortir d'une manière heureuse en quoi le droit français diffère du droit romain au sujet de qu'on appelle *contrats réels*. Il reconnaît que les effets de certains contrats, tels que le

[1] Savigny, *System*, vol. I, p. 309; Puchta, *Institutionen*, § 271.
[2] *C. De pactis* (2, 3), c. 20.
[3] *Manuel*, §§ 180, 205, 349.
[4] *Ibid.*, §§ 205 à 208.

prêt, le dépôt, le gage, dépendent du fait que l'une des parties a déjà accompli l'un des actes constitutifs de l'agissement complet ; mais il fait observer que ce qui était en droit romain une question de forme et de validité extrinsèque n'est plus qu'une question de fond sous le Code. — Le prêteur n'acquiert le droit de réclamer la chose faisant l'objet de la convention que dès le moment où il la livre ; c'est là ce qui résulte de la nature des choses, mais rien ne s'oppose à ce que les parties s'engagent l'une à prêter et l'autre à restituer telle chose ; ce qui n'aurait pas été toujours valable en droit romain[1].

Ces exemples doivent suffire ; nous nous laisserions aller trop loin si nous voulions nous livrer à une exposition plus complète.

V. On ne peut parcourir les textes du *Manuel* sans y trouver les traces de l'esprit philosophique avec lequel l'auteur aborde l'étude de notre Code.

Deux questions se présentent ici : 1° Quel jugement l'auteur a-t-il porté sur le Code ? 2° quelle influence les tendances philophiques de son esprit ont-elles exercée sur ses procédés d'interprétation ?

On ferait une œuvre intéressante et utile en écrivant l'histoire du Code à l'étranger. Il faudrait y retracer et y apprécier les jugements divers qui ont été portés sur cette œuvre législative en dehors des limites de sa domination originelle, et les changements qu'on a cru devoir lui faire subir, en l'adoptant comme base d'un nouveau droit positif.

L'Allemagne devrait occuper une des principales places dans cette galerie cosmopolite. Ce fut en effet sous des impressions et des préoccupations bien fortes que nos voisins d'outre-Rhin virent la conquête militaire leur apporter ce Code où ils retrouvaient les vieux éléments de leur propre droit plus ou moins imbus des idées nouvelles dont l'explosion avait amené tant de bouleversements. Il y a là toute une littérature ; et, bien qu'elle soit déjà vieillie, elle n'en renferme pas moins de précieux enseignements.

M. Zachariæ se distingue par l'impartialité, nous pourrions même dire par la bienveillance dont il fait preuve dans cette appréciation. Il nous semble même que ses premières impres-

[1] *Manuel*, § 391.

sions furent plus complétement favorables que celles qu'il exprima plus tard. Voici le jugement qu'il porte dans sa seconde édition du *Manuel* (1811 et 1812) où l'on retrouve les traces évidentes des préoccupations de l'époque.

Il débute en indiquant les sources d'où cette œuvre a été tirée. « Ce n'est, dit-il, que dans bien peu de doctrines que le Code contient un droit complétement nouveau. Choisir ce qu'il y avait de mieux dans le droit antérieur, suppléer aux lacunes et corriger les défauts qui pouvaient s'y trouver, combiner et fondre dans un ensemble le droit coutumier avec le droit romain, l'un et l'autre avec les lois de l'époque révolutionnaire, soumettre le tout au contrôle des enseignements que l'expérience pouvait fournir, tel fut le but qu'on se proposa dans ce travail. »

Passant ensuite à l'appréciation des résultats obtenus, il les juge au double point de vue de la forme et du fond.

« Le Code n'est, dit-il, qu'un fragment de la législation française ; on ne peut l'apprécier en pleine connaissance de cause que par l'étude générale et approfondie de celle-ci. Il n'a pas pour but de fournir un système complet de droit civil théorique ; mais bien plutôt d'établir la base sur laquelle ce système doit reposer et les institutions organiques sans lesquelles il ne présenterait aucune sûreté, de tracer à la pratique les règles qui doivent la diriger, de mettre en évidence et de consolider les principaux résultats obtenus par la science. L'expérience seule sera capable de donner une idée vivante du jugement qu'il en faudra porter. Il faut d'ailleurs tenir compte des circonstances au milieu desquelles ce document s'est produit.

« Si l'on ajoute à ces difficultés celles que présente l'étude d'une législation étrangère, on reconnaîtra que les considérations auxquelles nous allons nous livrer ne peuvent avoir qu'une valeur relative ; si nous avons osé les présenter, c'est parce que le praticien lui-même ne peut se passer de vues générales sur l'esprit et la valeur de la loi dont il doit faire l'application [1].

« La question de forme se compose de trois éléments : il faut rechercher si les différentes parties du Code ont été réunies et

[1] §§ 30 et 31.

distribuées suivant un plan convenable, si le style en est bon et s'il présente un ensemble suffisamment complet.

« On doit reconnaître deux exigences principales en ce qui concerne le plan : 1° il faut éviter d'insérer une disposition dans un titre auquel elle n'appartient pas ; 2° il faut faire en sorte que la manière dont les différentes doctrines sont rapprochées les unes des autres ne tende pas à leur faire exercer une influence réciproque peu conforme à la vérité des choses. »

M. Zachariæ pense que le Code n'a que bien rarement failli à l'une ou à l'autre de ces règles : il cite comme contraire à la première l'article 530, qui ne lui paraît pas à sa place ; et comme ne respectant pas la seconde, la théorie de la possession, qui a suivant lui beaucoup perdu à se trouver trop mélangée avec la prescription. Il ajoute avec une pleine impartialité.

« Les jurisconsultes allemands doivent d'autant plus facilement reconnaître que le style du Code est un chef-d'œuvre, qu'ils n'ont pas été gâtés à cet égard par la plupart de leurs lois nationales. »

L'auteur reconnaît que les reproches souvent adressés au Code, quant aux lacunes qu'il paraît présenter, ne sont pas dépourvus de tout fondement ; mais il ajoute qu'il ne faut perdre de vue ni le but que les rédacteurs se sont proposé d'atteindre, ni les compléments que les autres parties de la législation doivent fournir, ni ce qu'il y a toujours de nécessairement relatif en pareille matière. Il termine en faisant observer qu'après avoir lu bien des jugements rendus par les tribunaux français, il en a trouvé bien peu où le Code n'ait pas fourni directement ou indirectement quelque motif de décision.

Examinant ensuite l'idée admise par plusieurs gouvernements allemands de conserver le droit romain comme droit subsidiaire de la législation nouvelle, il la condamne parce qu'il est bien difficile de savoir si les questions qui se présentent n'ont pas été implicitement prévues par le Code [1].

Les questions de fond l'arrêtent plus longtemps et sollicitent davantage son esprit philosophique ; voici comment il s'exprime à cet égard.

« Les rapports de droit qui doivent exister entre les individus

[1] § 32.

considérés comme tels sont ceux que la philosophie de la science peut déterminer le plus complétement. Il n'y a qu'un certain nombre de cas où elle ne peut qu'énoncer un principe dirigeant, sans indiquer les dispositions spéciales qu'il faut en faire résulter.

« Le droit civil positif a trois choses à faire : 1° sanctionner les règles qui dérivent des principes philosophiques ; 2° garantir à chaque individu les moyens d'obtenir la plus complète réalisation de ses droits ; 3° fixer et déterminer, en s'appuyant à la fois sur les maximes du droit philosophique et sur l'expérience, les rapports que les premières de ces règles laissent indécis.

« Ce n'est qu'en satisfaisant à la première de ces exigences que la législation positive revêt le caractère de droit proprement dit, en présentant un ensemble de lois nécessaires et générales. Elle devient au contraire une partie du droit politique quand elle cherche la solution des deux autres problèmes qui lui sont posés.

« Cette division tripartite se retrouve dans le Code Napoléon : Quelques-unes de ses dispositions ne font que rappeler les principes du droit philosophique ; d'autres recherchent les moyens de garantir les droits individuels, de prévenir les procès ou d'en faciliter la prompte et juste décision ; d'autres encore se proposent de suppléer à ce que les maximes du droit philosophique peuvent avoir d'incomplet.

« C'est au droit antérieur que les rédacteurs du Code demandèrent les expériences qui leur étaient nécessaires pour la solution des deux seconds problèmes. Mais, quelque multiples que fussent les sources auxquelles ils durent puiser, l'ensemble du travail n'en présenta pas moins un caractère d'unité, puisée soit dans la pratique existante, soit dans la ferme volonté d'accorder à chacun son droit [1].

« Ayant avant tout la mission de sanctionner les principes philosophiques qui servent de base aux droits individuels, la législation civile doit repousser trois influences qui sont incompatibles avec l'esprit dont elle doit être animée : elle ne doit céder ni à l'intérêt de l'Etat, en tant que cet intérêt diffère des droits individuels ; ni à celui de l'Eglise, en tant que celle-ci

[1] § 33.

voudrait convertir en devoirs extérieurs les obligations dépendant du for intérieur; ni à l'intérêt des individus, en tant qu'il ne coïncide pas avec celui de tous les ressortissants de l'Etat. En d'autres termes, toute législation civile doit adopter comme principes négatifs les trois règles suivantes : il faut que le droit civil soit indépendant du droit public ; qu'il ne se laisse pas dominer par les croyances religieuses et qu'il respecte l'égalité.

« Tels sont les principes qui servent de base aux dispositions du Code Napoléon. La Révolution avait affranchi la France des obstacles qui paralysent bien souvent dans d'autres États les meilleures intentions du législateur. Ce Code, par suite des changements qui s'étaient opérés, pouvait faire respecter l'indépendance et l'égalité dans la législation civile sans froisser des droits acquis à des individus. Le droit allemand est sous tous ces rapports précisément la contre-partie du droit français [1].

« Il est possible d'hésiter sur la question de savoir lequel du droit français ou du droit romain a le mieux satisfait à la première des exigences que nous venons d'indiquer ; mais il est certain que le premier l'emporte de beaucoup sur le second en ce qui concerne les deux autres problèmes. Il contient, en effet, un grand nombre de dispositions propres à garantir les droits individuels. On peut citer comme exemples la manière dont il restreint l'admissibilité de la preuve testimoniale, pour rendre nécessaire la rédaction d'actes écrits constatant les contrats, les soins exemplaires qu'il prend dans le but d'assurer la preuve des faits se rapportant à l'état civil, et bien d'autres dispositions encore. Le Code Napoléon renferme aussi plusieurs lois organiques qui font presque complétement défaut en droit romain ; telles sont, par exemple, les dispositions relatives à la tutelle et au régime hypothécaire. Il peut, il est vrai, s'élever des doutes sur la manière dont ce Code a satisfait dans quelques-unes de ses parties aux exigences de ce que nous avons appelé la *partie politique* du droit civil ; mais ces doutes ne peuvent être convenablement exposés qu'en traitant des doctrines spéciales auxquelles ils se rapportent [2]. »

[1] § 34.
[2] § 35.

L'auteur termine par quelques observations qui ne sont pas sans importance en vue de la polémique qui allait s'élever entre l'école historique et l'école philosophique ; il s'agit des rapports de concordance qui doivent exister entre le droit et le caractère national. Ces rapports ne lui paraissent pas nécessaires ; car, d'une part, quel que soit le caractère des hommes, ils peuvent toujours réclamer les mêmes droits en tant qu'individus, c'est-à-dire en ce qui concerne la législation civile ; et, d'autre part, le droit civil d'une nation ne peut agir que d'une manière favorable sur les mœurs quand il est conforme aux vrais principes philosophiques.

Il peut se faire cependant, ajoute-t-il, que le caractère national rende nécessaire de prendre quelques mesures pour garantir les droits individuels et faire respecter la loi. Il estime que plusieurs dispositions du Code doivent s'expliquer de la sorte ; telles sont par exemple les restrictions apportées à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Il lui semble même qu'on pourrait trouver dans ce document législatif une révélation des différences qui existent entre le caractère national des Français et celui des Allemands. Il se peut aussi que la faculté accordée à chacun de faire valoir ses droits présente dans certains cas des dangers pour la morale, en produisant un scandale public ou en troublant la paix des familles. Le droit français contient deux remarquables dispositions dans le but de prévenir ce danger : il n'autorise ni la recherche de la paternité ni la rupture du mariage pour cause d'impuissance [1].

Nous avons tenu à rappeler ces anciennes appréciations afin de donner un exemple de la scrupuleuse curiosité que l'introduction du Code en Allemagne provoqua chez les jurisconsultes d'outre-Rhin. Nous pourrions citer ici bien des ouvrages dont l'étude peut encore présenter un grand intérêt à ce point de vue. Il y a là une source d'enseignements qui nous paraît trop négligée de nos jours.

Notre auteur modifia peu les impressions qu'il avait reçues d'un premier examen. Il manifesta cependant plus tard quelques doutes sur la manière plus ou moins heureuse dont les divers éléments du Code ont été combinés et fondus ensemble,

[1] § 36.

sur le principe en vertu duquel la législation civile est rendue indépendante des prescriptions de l'Eglise et sur les limites qu'un esprit démocratique a fait imposer à la liberté individuelle dans l'intérêt de la liberté publique. Il pense que les rédacteurs ont exagéré leurs propres principes dans les dispositions qu'ils ont consacrées en matière de divorce, qu'il estime avoir été admis avec une trop grande largeur ; la puissance paternelle lui semble trop affaiblie [1].

Nous pourrions signaler encore comme produit de l'esprit philosophique de notre auteur l'ordre systématique par lui suivi dans l'exposition du Code ; mais c'est un sujet dont nous aurons à nous occuper d'une manière spéciale.

Si nous voulons rechercher maintenant quelle fut l'influence des tendances philosophiques de M. Zachariæ sur ses travaux d'interprétation, nous nous trouvons de nouveau en présence des doctrines sur lesquelles nous nous sommes déjà expliqué. Nous dirons que les principes de droit naturel professés par Kant et développés par notre auteur se trouvent en général d'accord avec les tendances de notre Code, où l'on voit prédominer les idées d'égalité et de liberté civile qui font le principal mérite de cette philosophie. Il y avait donc entre ce Code et son nouvel interprète une sorte de sympathie bien propre à faciliter le travail du second. Ce n'est pas d'ailleurs seulement de la sympathie, c'est encore un remarquable respect que l'auteur témoigne pour le grand document législatif dont il s'occupe ; et, quelque hardie que puisse être sa pensée dans le domaine de la spéculation pure, il se soumet généralement avec une grande docilité aux éléments divers sur lesquels l'interprétation doit s'appuyer ; il fait preuve en cela d'une admirable souplesse de talent. Il est vrai que nous avons signalé et que nous signalerons encore quelques défectuosités provenant de doctrines plus ou moins contestables en elles-mêmes et qui semblent avoir quelquefois éloigné M. Zachariæ du véritable esprit de notre législation ; mais, comme nous l'avons dit, ces observations concernent la conception générale du sujet beaucoup plus que les questions de détail se rapportant plus directement au fond même de la pensée législative ; et bien certaine-

[1] §§ 15 et 16 (1837).

ment si, pour répondre à M. Troplong, prétendant que l'ordre systématique doit facilement entraîner l'interprète à substituer sa pensée à celle du législateur [1], nous comparons les commentaires de ce dernier auteur avec le *Manuel*, ce n'est pas dans celui-ci que nous trouvons le plus de hardiesse. M. Marcadé suivit aussi l'ordre du commentaire, et cependant, il faut bien le reconnaître, sa puissante intelligence ne l'a pas toujours garanti des écarts d'un esprit de critique poussé quelquefois jusqu'à la témérité.

M. Zachariæ recourait souvent à la nature des choses et à la doctrine philosophique pour suppléer aux obscurités et aux indécisions de la loi. Son esprit naturellement sentencieux devait assez facilement se laisser guider par les aphorismes de sens commun généralement désignés sous le nom de *brocards du palais*. L'équité n'était pas non plus sans influence sur ses décisions.

Il admettait que, dans le doute, les dispositions spéciales, rigoureuses ou contraires à la liberté individuelle, doivent être prises dans le sens le plus restreint et que, bien au contraire, celles qui sont équitables, rationnelles et libérales sont par cela même revêtues d'une certaine faveur qui permet d'en étendre l'application dans les limites de ce qu'autorisent les textes et les principes. C'est ainsi que, tout en admettant, avec la généralité des auteurs, que les dispositions récentes doivent, dans le doute, s'interpréter dans le sens des précédentes, il estime que cette règle peut recevoir exception quand les dispositions nouvelles présentent plus de garanties à la liberté civile [2].

C'est au nom de l'équité qu'il réclame le maintien de l'action publicienne en droit français [3]; qu'il interprète l'article 699 du Code Napoléon dans ce sens que, pour se libérer d'une servitude même active, c'est la partie du fonds sur lequel elle s'exerce et non le fonds tout entier qu'il faut abandonner [4]; il réclame au nom du même principe une large application de l'article 674 réglant la distance qu'il faut observer et les travaux intermé-

[1] Préface du *Traité de la vente*.
[2] § 29.
[3] § 218.
[4] § 253.

diaires qu'il faut faire quand il s'agit de certaines constructions à établir contre un mur dont on n'a pas l'entière propriété [1].

Peut-être s'appuie-t-il trop exclusivement sur l'équité pour admettre que, malgré les termes de l'article 1379, celui qui a détruit volontairement ou laissé périr une chose qui ne lui appartient pas, mais qu'il a reçue de bonne foi, ne saurait être tenu à des dommages-intérêts : le droit paraît ici d'accord avec l'équité parce qu'il ne peut y avoir faute dans l'acte de détruire ou de négliger une chose dont on pense être le propriétaire [2].

VI. M. Zachariæ devait plus que tout autre avoir le sentiment de la grande importance qu'il faut accorder aux lois internes de la pensée comme moyen d'interprétation. C'est là ce qui lui faisait dire que le Code doit s'interpréter avant tout par lui-même, chacune de ses dispositions devant se prendre dans le sens qui résulte de ses rapports avec les autres ; que s'il se rencontre une vraie antinomie résistant aux divers moyens d'interprétation et ne disparaissant pas devant l'autorité supérieure due à la disposition la plus récente, il faut s'attacher au sens qui paraît le plus en harmonie avec le droit commun [3].

C'était bien explicitement reconnaître toutes les ressources que l'interprète peut trouver dans la filiation des idées ; c'était proclamer la nécessité de remonter à la source de chaque disposition et de descendre des principes aux conséquences dans le but d'interpréter les secondes par les premiers, les premiers par les secondes et les unes par les autres toutes les énonciations qui dérivent d'une source commune.

L'auteur ne s'est d'ailleurs pas contenté d'énoncer ces principes d'interprétation logique : il en a fait très-fréquemment usage. L'induction ne se trouve pas, il est vrai, nominativement comprise au nombre des procédés énoncés par lui comme moyens de procéder à l'application de la loi. Nous pensons cependant qu'on aurait tort d'en conclure qu'il n'a point

[1] § 243.
[2] *Manuel*, § 442; Aubry et Rau, *Cours*, t. III, p. 534.
[3] *Manuel*, § 41.

reconnu l'importance de ce genre d'argumentation, et nous emprunterons au *Manuel* un certain nombre d'exemples destinés à faire ressortir les différences qui existent entre ce mode de procéder et celui qui repose sur l'analogie ; mais c'est de ce dernier que nous devons nous occuper en premier lieu, parce qu'il est généralement plus connu et plus fréquemment invoqué.

Les dispositions qui se rapportent textuellement à un cas déterminé peuvent, suivant M. Zachariæ, s'appliquer à d'autres cas analogues; mais il faut pour cela qu'il y ait identité de motifs, et que la disposition dont il s'agit ne s'écarte pas des principes de droit commun.

Notre auteur s'est constamment attaché à faire une sage application de ces règles. L'argument d'analogie se rencontre très-fréquemment dans le *Manuel*, et l'on voit que l'auteur y attachait une grande importance.

Nous ferons en particulier remarquer avec quel soin il a fait ressortir les différentes analogies au moyen desquelles on peut compléter les unes par les autres les dispositions qui règlent les différents régimes auxquels sont soumis les biens des époux [1].

Nous devons d'ailleurs nous contenter de citer un fort petit nombre d'exemples de ce genre d'argumentation.

M. Zachariæ conclut des articles 418, 438, 439 et 440 du Code Napoléon, combinés avec l'article 882 du Code de procédure, que la responsabilité du tuteur légal doit courir dès le moment où il a connu ou dû connaître que la tutelle lui était déférée [2].

Il admet que l'article 1137, énonçant des règles en ce qui concerne l'obligation de livrer, doit être applicable à l'obligation de faire [3].

Les articles 1109 et suivants, qui ne s'occupent textuellement que du consentement en matière de contrat, lui paraissent applicables à toute déclaration de volonté [4].

Nous ne nous arrêterons pas à discuter un assez grand nombre de cas où l'argument d'analogie invoqué par notre auteur paraît plus ou moins contestable. Nous renvoyons pour cela aux indications suivantes se rapportant à la traduction Massé et Vergé,

[1] § 499.
[2] § 109.
[3] § 299.
[4] § 334.

où ces diverses propositions sont plus ou moins critiquées : t. I, p. 417, où l'article 442, 2°, est appliqué aux personnes qui sont pourvues d'un conseil judiciaire aux termes de l'article 499; t. II, p. 126, où les articles 1895, 1897, 1903 sont appliqués aux cas prévus par l'article 587; t. II, p. 236, où les présomptions de survie admises par les articles 721 et 722 sont appliquées au cas où plusieurs personnes meurent dans le même local en l'absence de tout témoin; t. II, p. 318, où l'article 783 est appliqué au cas d'un testament déclaré nul; t. IV, p. 84, où l'article 877 est appliqué au mari qui est poursuivi en payement des dettes qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme.

L'induction diffère de l'analogie en ce qu'elle étend une disposition légale au delà des cas textuellement prévus, parce qu'elle voit dans cette disposition la manifestation d'un principe supérieur qui, pour n'avoir pas été exprimé dans sa généralité abstraite, n'en a pas moins agi sur la décision du législateur et n'en peut pas moins être invoqué même en dehors des cas spécialement résolus; c'est ce qui a souvent fait dire que l'analogie est une induction incomplète.

Notre auteur nous paraît avoir manifestement en vue l'argument d'induction quand, après avoir énuméré les traits caractéristiques de ce qu'il appelle *le patrimoine*, ou l'état de fortune d'une personne, après en avoir fait ressortir cette règle que dans les contestations qui se rapportent à cet ordre d'idées il faut admettre que le prix et la chose se substituent réciproquement l'un à l'autre (*in judiciis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*), il ajoute que, si cette règle n'est énoncée nulle part dans le Code d'une manière aussi générale, elle n'en sert pas moins de base aux articles 132, 1066, 1067, 1407, 1434, 1435, 1559.

Il y a d'ailleurs dans le *Manuel* beaucoup d'autres solutions qui paraissent reposer sur ce genre d'argument. En voici un certain nombre :

L'enfant sorti mort ou non viable du sein de sa mère est considéré, en ce qui concerne ses droits, comme n'ayant jamais existé (art. 314, 725 et 906 combinés [1]).

[1] §§ 55, 593, 649.

Il existe un droit de rétention manifesté dans les articles 867, 1673, 1749, 1885, 1948, et ce bénéfice de la loi peut recevoir son application même en dehors des cas prévus par ces articles [1].

Le débiteur ne peut se décharger des obligations qui lui incombent sans que le créancier consente à cette libération ou la provoque par son fait (art. 1271 et 1275). Il en résulte que l'usufruitier qui cède son droit reste, en principe, garant des abus de jouissance dont le cessionnaire peut se rendre coupable [2].

Personne ne peut, en principe, transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, induction tirée des articles 1295, 1743, 2182 et 731 du Code de procédure civile [3].

La femme mariée peut faire sans autorisation tous les actes purement conservatoires, induction tirée des articles 940, 2139, 2194 [4].

Nous avons dit que l'argument d'analogie n'est pas applicable aux dispositions exceptionnelles. Cette règle s'appuie sur la nature des choses, mais il est nécessaire de rechercher si telle disposition qui paraît exceptionnelle quand on la rapproche de tel principe ne doit pas être considérée comme conséquence d'un autre principe entrant plus ou moins en collision avec le premier.

C'est ainsi que l'article 1188, portant que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, paraît exceptionnel quand on le rapproche de l'article 1186, portant que ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance, et de l'article 1134, déclarant que les conventions légalement formées sont la loi des parties. C'est de plus une disposition qui porte déchéance et qui peut comme telle paraître rigoureuse.

Mais les choses prennent un aspect bien différent quand on rapproche cette déchéance du principe énoncé en l'article 2093, portant que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers, principe qui ne recevrait point son application si les créanciers à terme étaient exclus des ordres ouverts en cas de faillite ou de déconfiture. C'est ce qui peut justifier l'extension

[1] § 184.
[2] § 227.
[3] § 181.
[4] § 472.

généralement admise de l'article 1188 au cas de déconfiture, qui n'y a pas été compris textuellement. Cette assimilation se trouve d'ailleurs consacrée dans un certain nombre de dispositions qui ne paraissent pas laisser de doute sur la volonté du législateur : Code Napoléon, 1613, 1913, 2032 ; Code de procédure, 124 [1]. Elle est fondée suivant nous, parce qu'elle s'appuie moins sur l'analogie que sur l'induction. La déchéance du terme cesse d'apparaître comme exceptionnelle et rigoureuse dès qu'elle se montre comme conséquence d'un principe de droit. et d'équité qui, sans avoir été formulé nulle part en termes généraux, n'en a pas moins agi sur la pensée du législateur et peut s'énoncer de la manière suivante : Le bénéfice du terme doit cesser d'être pris en considération quand il aurait pour résultat de porter atteinte au principe d'égalité consacré par les articles 2093 et 2094.

Le droit de rétention nous fournit un autre exemple des différences que présentent les deux genres d'arguments. Ce droit peut. au premier coup d'œil, paraître contraire aux principes d'égalité consacrés par les articles 2093 et 2094 ; c'est là, semble-t-il, une sorte de privilége qui ne pourrait résulter que d'un texte positif. Si l'on ne devait s'appuyer que sur l'analogie, il serait difficile de justifier l'admission d'un pareil droit en dehors des cas spécialement prévus ; mais la question change d'aspect si ce droit n'apparaît lui-même que comme la conséquence d'un principe supérieur. Or, si l'on recherche avec soin quelle est la base sur laquelle ce droit repose dans les cas où il est textuellement reconnu, cette base paraît se trouver dans un principe d'égalité existant non plus entre les créanciers, mais entre les parties dont les intérêts sont directement engagés et dont aucune n'est tenue de s'exécuter avant l'autre [2].

Ces exemples font ressortir la différence qui caractérise l'analogie et l'induction : le principal obstacle qui écarte l'application de la première peut disparaître quand il s'agit de la seconde ; une disposition cesse d'être exceptionnelle quand elle apparaît comme conséquence d'un principe énoncé d'une manière indirecte, et nous regrettons que dans la partie théorique

[1] § 303.

[2] Voir, sur toute cette polémique, Aubry et Rau, *Cours*, t. II, p. 584.

du *Manuel* l'auteur ne se soit pas attaché à tracer les règles spéciales à chacun de ces arguments, qu'il ne confond pas dans l'application.

Dans le cas d'analogie, l'extension repose sur une simple identité de motifs. Il semble au premier coup d'œil qu'il en soit de même quand il s'agit d'induction ; mais dans ce dernier cas le motif qui légitime l'extension peut se formuler en véritable principe.

Ces principes ainsi manifestés par leurs conséquences ne doivent pas être complétement assimilés à ceux qui sont énoncés textuellement dans leur généralité abstraite.

Bien que les apparences exceptionnelles que peut présenter la disposition dont il s'agit de faire une application extensive ne puissent pas avoir la même importance lorsque c'est à l'induction et non à l'analogie qu'on a recours, il n'est cependant pas possible de faire complétement abstraction de l'accord ou du désaccord plus ou moins grand qui se manifeste entre le principe que l'on veut justifier par induction et les autres règles du droit commun.

On peut dire d'une manière générale que ce genre d'argument devra conduire à des résultats d'autant plus certains que le principe qu'il s'agira d'en faire ressortir sera plus rationnel en lui-même, qu'il s'harmonisera plus complétement avec les autres dispositions de la loi ou avec le droit antérieur, à moins que dans ce dernier cas le législateur n'ait manifesté l'intention d'innover.

Les deux cas d'induction mentionnés ci-dessus au sujet de la déconfiture et du droit de rétention semblent pouvoir assez facilement se justifier par l'accord qu'ils présentent avec les principes d'égalité généralement adoptés par le Code. L'induction à laquelle on a quelquefois recours pour étendre au delà du texte l'application des articles 1141 et 1743 paraît au contraire devoir être écartée, parce qu'elle conduirait à des résultats qui semblent en désaccord avec l'ensemble de la loi [1].

Les principes mis en évidence par l'induction doivent naturellement être considérés comme plus flexibles que ceux qui reposent sur un texte positif et général; fruits de la doctrine,

[1] §§ 180, 177, 366.

ces principes subissent les exigences et les restrictions que cette dernière leur impose. C'est ainsi que les puissantes considérations historiques, philosophiques et doctrinales sur lesquelles la Cour de cassation s'appuie pour maintenir dans certains cas les ventes consenties par l'héritier apparent ne semblent pas suffisamment réfutées par le principe en vertu duquel personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même [1].

Nous avons déjà vu que l'argument par raison supérieure (*argumentum a fortiori*) repose sur une sorte d'analogie. C'est bien aussi ce que notre auteur paraît admettre quand il dit : « L'induction *a majori ad minus* et *a minori ad majus* permet d'étendre la loi à des cas dans lesquels le motif qui lui sert de base se présente à un degré plus élevé que dans les cas expressément prévus. »

M. Zachariæ fait d'ailleurs un fréquent usage de ce mode de raisonnement ; en voici quelques exemples tirés du *Manuel* (nous citons de préférence la traduction Massé et Vergé, afin qu'on puisse vérifier les polémiques qu'ils ont fait naître) :

Il faut conclure des articles 399 et 445 que le survivant des père et mère ne peut nommer un tuteur testamentaire quand il a été lui-même exclu ou destitué de la tutelle [2] ; de l'article 1329 que la preuve testimoniale serait admissible dans les mêmes circonstances que la délation de serment prévue par cet article [3] ; de l'article 482 que la personne émancipée ne pourrait se passer de l'assistance de son curateur dans un procès d'état civil [4] ; des articles 907 et 909 que tout testament qui aurait été fait sous l'action d'une contrainte physique ou morale, de la violence ou de la crainte, devrait être considéré comme nul, parce que ces articles paraissent eux-mêmes ne s'appuyer que sur une présomption de contrainte morale [5].

Nous citons ces solutions à titre d'exemples, sans entendre exprimer notre avis sur leur valeur logique.

Notre auteur nous paraît s'être également formé des idées fort exactes sur l'argument d'opposition (*argumentum a contrario*).

[1] Voir, sur cette polémique, Aubry et Rau, *Cours*, t. V, p. 188, 192, 368.
[2] Traduction Massé et Vergé, t. I, p. 411.
[3] *Ubi suprà*, t. III, p. 511.
[4] *Ubi suprà*, t. I, p. 479.
[5] *Ubi suprà*, t. III, p. 55.

« Lorsqu'une loi énonce un principe affirmatif, elle nie, par cela même, ce qui est précisément le contraire de son affirmation, et *vice versa*. Mais il faut apporter une grande circonspection dans l'application de cette règle. Ce mode de raisonnement se trouvant en contradiction avec celui qui repose sur l'analogie, il faut, pour en faire usage, qu'il soit possible d'indiquer un motif capable de justifier la différence de solution admise en ce qui concerne ces cas opposés les uns aux autres. »

Nous citerons, sans les discuter, quelques exemples de ce genre d'argumentation :

M. Zachariæ conclut des articles 1110, 1377, 1356 et 2052 que l'erreur de droit produit en principe les mêmes effets que l'erreur de fait [1]; de l'article 2156 que l'élection de domicile ne persiste généralement pas après le décès de la personne chez laquelle elle a été faite [2]; de l'article 124 que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté en cas d'absence n'est pas tenu de fournir caution [3]; des articles 444 et 445 que l'inconduite notoire n'est pas un motif suffisant pour exclure du conseil de famille [4]; des articles 464, 465 et 450 que le tuteur peut, sans autorisation du conseil de famille, intenter une action mobilière, défendre à une action immobilière ou à une demande en partage, poursuivre l'expropriation des débiteurs du pupille [5]; de l'article 352 qu'il n'y a pas lieu au droit de retour successorial quand le donataire a laissé des descendants qui sont décédés avant le donateur [6]; des articles 1172 et 1173 combinés que la condition de ne pas faire un acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs doit être une cause de nullité [7]; de l'article 1184 que le pacte commissoire expressément stipulé entraîne de plein droit l'annulation de l'acte quand la condition résolutoire s'est accomplie [8].

1 Traduction Massé et Vergé, t. I, p. 33.
2 *Ubi suprà*, t. I, p. 130.
3 *Ubi suprà*, t. II, p. 145.
4 *Ubi suprà*, t. I, p. 393.
5 *Ubi suprà*, t. I, p. 442.
6 *Ubi suprà*, t. II, p. 285.
7 T. III, p. 375.
8 T. III, p. 383.

Charles Brocher,
Professeur, juge à la Cour de cassation de Genève.

BIBLIOGRAPHIE.

Réformes nécessaires aux États musulmans, par le général KHÉRÉDINE, ancien ministre de la marine à Tunis et ancien président du grand Conseil tunisien. Paris, Paul Dupont, 1868.

C'est un moment curieux et intéressant dans l'histoire d'un peuple soumis à une loi politico-religieuse que celui où, pressé par des besoins nouveaux, il se sent dans la nécessité de réformer ses institutions. Il s'engage alors une espèce de lutte entre deux sentiments également sacrés et respectables : le sentiment politique et le sentiment religieux. Le premier doit forcément être satisfait ; le second ne saurait être négligé. De là naissent des hésitations, des doutes exploités en sens divers par des esprits ardents, dont les uns sacrifient le progrès au culte, les autres le culte au progrès. Les esprits sages prennent un parti moyen entre ces deux termes extrêmes ; respectant dans la loi ce qui est exclusivement religieux, et le mettant à l'abri de toute atteinte, ils en font la mesure et la règle des réformes politiques. D'après eux, tout ce qui est permis, ou tout au moins ce qui n'est pas défendu par la loi politico-religieuse, peut être introduit dans les institutions, qui se complètent, se transforment, se perfectionnent par des emprunts faits aux constitutions étrangères ou aux ouvrages des publicistes.

Le général Khérédine est un de ces esprits. Chargé par S. A. le bey de Tunis de plusieurs missions en Europe, il en a étudié l'organisation politique, civile, économique. Le résultat de ses observations a été son ouvrage important, écrit en langue arabe, sur les institutions politiques, administratives, judiciaires et industrielles des Etats européens. L'introduction de ce travail, traduite en français sous la direction de l'auteur, et qui en embrasse d'une façon générale et sommaire les différentes parties, est une thèse de droit constitutionnel trop curieuse pour ne pas être signalée au public français.

Le général Khérédine y esquisse à grands traits le fonctionnement des institutions libérales en Europe, le système du gouvernement collectif exercé par le souverain et par des Chambres électives, et ayant à sa base la liberté civile et la liberté politique. Il fait ressortir ce que, par suite de cette organisation, les nations qui en jouissent ont acquis en fait de progrès, de prospérité, de force intérieure et de prépondérance à l'extérieur; puis, comparant cette situation à l'état un peu maladif des États islamiques, il indique la nécessité pour ces derniers d'imiter les peuples d'Europe en ce qu'ils voient de bien chez eux concernant les affaires publiques, sans être arrêtés par cette considération étroite et nullement orthodoxe que les Européens suivent un culte différent. Le calife Ali n'a-t-il pas dit qu'il faut prendre les choses pour ce qu'elles valent, sans se préoccuper de leur origine? El-Monak, docteur du rite maléki, s'exprime ainsi : « Il ne leur a été défendu de suivre les autres qu'en ce qui est contraire aux bases de notre loi; mais, si ce qu'ils ont fait se trouve conforme à ce qu'elle conseille, prescrit ou permet, nous ne devons pas le rejeter à cause de son origine, car la religion ne défend pas d'imiter celui qui fait ce que Dieu a ordonné. »

Enfin on lit dans le commentaire du célèbre jurisconsulte Hanéfi-Mohamed-ben-Abbydin : « Il n'est pas défendu d'imiter les étrangers quand c'est pour le bien des créatures de Dieu. »

Ainsi la loi islamique n'a pas de restrictions ombrageuses : conçue dans un double esprit, l'esprit politique et l'esprit religieux, et devant suffire tout à la fois aux intérêts spirituels et aux intérêts temporels des peuples musulmans, elle n'a pas pu fermer l'accès à des réformes que la diversité des temps et des circonstances rend utiles et que souvent elle nécessite. Que le dogme, expression de vérités invariables, ne puisse pas se modifier et subir l'influence des opinions philosophiques, cela se conçoit à merveille; mais que la transformation des idées en matière de gouvernement ou d'administration ne réagisse pas sur les institutions, c'est ce que personne n'oserait soutenir. Le progrès est contagieux : la partie du monde où il éclate un jour ne peut pas prétendre en conserver le monopole, et bon gré mal gré son rayonnement éclaire et séduit les peuples attardés qui semblaient y penser le moins. Mais le progrès lui-même en

quoi consiste-t-il, et quels éléments le composent? Ce n'est bien souvent qu'un retour à des usages anciens, négligés, puis oubliés, et enfin complétement abandonnés; retour réfléchi que l'expérience guide et rend fructueux par une application rajeunie de principes un peu vieillis et qu'on remet à la mode du jour. Il y a de ces principes en matière de gouvernement, principes éternels qui reposent sur un fondement de justice, d'humanité et de droits. Il y a bien peu de nations qui ne les aient pratiqués un jour dans leur existence; mais peu à peu, et pour des causes diverses suivant les temps et les lieux, ils sont tombés en désuétude. L'islamisme lui aussi, cette allégation dût-elle paraître étrange, a eu son heure de développement politique dans un sens libéral. Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter sur son passé un regard rétrospectif. Dans les temps qui suivirent la mort de Charlemagne, et avant l'aurore des libertés commerciales, alors que les peuples européens étaient encore courbés sous le régime du despotisme, les Etats musulmans, leurs voisins, étaient gouvernés d'une manière parfaite à cause de la conformité des actes de leurs chefs avec la loi théocratique, dont il n'est pas hors de propos de rappeler les principales dispositions. Elle défend à tout individu d'agir capricieusement d'après ses seuls penchants personnels ; elle ordonne de protéger les droits des particuliers, qu'ils soient musulmans ou non; elle recommande l'adoption de moyens et de remèdes appropriés aux temps et aux circonstances ; elle impose l'obligation de commencer par empêcher le mal avant même de s'occuper du bien, et de deux maux dont l'alternative est inévitable elle ordonne de préférer le moindre. Une des plus importantes prescriptions de cette même loi, au point de vue politique, est l'obligation de prendre conseil avant d'agir, imposée par Dieu à son prophète impeccable, quoique comme tel il n'eût besoin de consulter personne, puisqu'il agissait sous l'inspiration divine et qu'il était doué de toutes les perfections. Or cela n'a été ordonné au prophète que pour une haute raison, qui était d'établir une règle obligatoire pour tous les chefs qui viendraient après lui. Ebn-el-Arabi a dit : « L'obligation de prendre conseil est une base de la loi et une règle à observer par tous, sans distinction ni exception, depuis le prophète jusqu'au dernier des hommes. » Le calife Ali a dit aussi : « Pas de

conseil, pas de sagesse. » Une autre disposition, extrêmement importante, qui constitue en même temps l'un des principes fondamentaux de la loi, c'est l'obligation de s'opposer au mal par tous les moyens légaux, imposée formellement à tout musulman majeur et jouissant de toutes ses facultés intellectuelles. C'est de cette disposition capitale que résultent la légitimité et la nécessité du contrôle des actes publics chez les peuples islamiques. Et précisément à propos de ce contrôle, El-Ghazzeli, surnommé *la Preuve de l'islamisme*, a dit en parlant des anciens chefs musulmans : « Les califes et les souverains musulmans aimaient à voir discuter leurs actes, même lorsqu'ils étaient en chaire. » Amour-ben-Khattab y étant un jour monté adressa au peuple ces paroles : « Vous tous qui m'écoutez, si vous apercevez des écarts dans mon administration, veuillez les redresser. » Et aussitôt quelqu'un des assistants lui répondit : « En vérité, en vérité, si nous vous avions vu commettre des écarts, nous les aurions redressés avec nos sabres. » Et le calife, bien loin de se fâcher, reprit : « Béni soit Dieu qui a permis qu'on trouve parmi nous des hommes capables de redresser au besoin avec leur sabre les écarts d'Amour. »

Ces différentes citations indiquent que dès longtemps l'islamisme a senti la nécessité du contrôle des actes de ses chefs, contrôle sans lequel, dit le général Khérédine, « il ne saurait y avoir de véritable gouvernement parmi les hommes ; car l'existence d'un pouvoir dirigeant est, sans contredit, une condition indispensable à la vie de toute société humaine ; mais si l'on permettait au chef investi de ce pouvoir de faire ce qu'il veut et de commander comme il l'entend, la nécessité sociale qui légitime l'existence du pouvoir n'aurait plus de raison d'être, et les désordres publics deviendraient l'état normal de la société. »

Le célèbre iman Saad-el-Din Teftezèni l'avait bien compris. On lit dans son ouvrage intitulé *Explication des convictions* : « Ce qui n'est pas admis par la loi, c'est la coexistence de deux souverains complétement indépendants l'un de l'autre et devant être personnellement obéis par la nation. *Mais l'exercice collectif du pouvoir souverain par plusieurs individus n'a rien de contraire à son unité, puisque les membres délibérant et agissant collectivement ne représentent et ne constituent en réalité qu'un seul pouvoir dirigeant.* »

Ainsi se trouve écartée l'objection religieuse opposée aux réformes politiques. Le général Khérédine la réfute victorieusement; puis il s'attache aux autres objections tirées de l'ignorance des hommes, de la lenteur que les réformes introduiraient dans la marche des affaires, et enfin des dépenses qu'entraînerait l'introduction d'institutions nouvelles. Il y répond avec justesse, avec précision, dans un style chaud qui sous le publiciste laisse voir l'homme qui aime son pays et qui en veut la prospérité toute civile. Or la prospérité d'un Etat dépend de ses institutions : despotiques, elles l'entraînent à sa ruine; libérales, elles y font tout fleurir. Ce n'est pas en effet par un amour platonique de la liberté que les Etats européens sont arrivés peu à peu à la pratique du régime constitutionnel : c'est parce qu'ils ont senti que là était la force, la vie, la garantie de tous les droits et la sanction de tous les devoirs.

Nous n'avons fait qu'ébaucher le travail du général Khérédine parce qu'il est à lire et à étudier. C'est vraiment un grand spectacle que de voir l'Orient s'agiter dans les entraves un peu étroites où l'a mis l'oubli de ses institutions primitives. La Turquie a donné l'exemple des réformes aux autres Etats musulmans; le hatt Humayoun de 1856 descend progressivement dans la pratique; des lois conformes aux besoins nouveaux sont édictées et font disparaître des institutions les mesures jalouses et exclusives. Malheureusement le mouvement ascensionnel de la Turquie n'entraîne pas les autres Etats : soit par un esprit religieux mal entendu, soit par torpeur, ils restent stationnaires. Dans de semblables circonstances, il est opportun qu'un esprit droit, éclairé, convaincu, qui a beaucoup vu et beaucoup retenu, vienne secouer cet engourdissement, montrer à ses frères l'Europe, la Turquie même, et leur dire : *Respice et fac secundum exemplar*. Le général Khérédine l'a compris, il s'est mis à la tête du mouvement : son écrit mérite à ce titre l'attention de tous les hommes sérieux.

B. da Costa Athias,
Substitut du procureur impérial à Compiègne.

Storia degli studi del diritto internazionale in Italia, par M. Augusto Pierantoni; in-12; Modène, 1859. — Paris, Durand et Pédone Lauriel. Prix : 5 francs.

L'étude du droit des gens a toujours été pratiquée par les Italiens, et elle a pris surtout un grand développement depuis la lutte pour l'indépendance. L'histoire de cette science en Italie a donc un intérêt tout particulier, car nulle part ailleurs la théorie n'a eu plus d'influence sur les événements. M. Pierantoni expose cette histoire avec beaucoup de science et de talent. Les principaux noms qu'il nous fait connaître sont, au seizième siècle, ceux d'Alberico Gentili et de Pierino Bello, auteurs l'un d'un traité *De jure belli*, l'autre d'un livre *De re militari et bello*. Au dix-huitième siècle apparaissent Galiani (1787), Lampredi (1753), Azuni (1796), auteurs d'ouvrages célèbres sur la guerre maritime et les droits des puissances neutres. Après les événements de 1814, on voit commencer une nouvelle école qu'on peut appeler *nationale*. En 1838, Pellegrino Rossi publie dans la *Revue française* une théorie du droit d'intervention; à Milan, Romagnosi écrit un livre sur la science des constitutions; à Naples, Rocco établit les principes du droit international privé. Mais c'est surtout après Novare que le mouvement se précipite. Le Piémont, qui prend en main l'hégémonie italienne, fonde une chaire de droit des gens et y appelle un illustre proscrit napolitain, Stanislas Mancini, dont la leçon d'ouverture (de la nationalité comme fondement du droit des gens, 22 janvier 1850), provoque une protestation diplomatique du comte Appony, ambassadeur d'Autriche. En même temps, Terenzio Mamiani publie son livre intitulé *un Nouveau Droit public européen*, conçu à un point de vue un peu différent, mais toujours dans le même esprit.

La dernière époque de cette histoire commence à la guerre de Crimée et au mémorandum présenté par le comte de Cavour au congrès de Paris en 1856. La politique du comte de Cavour et l'unité italienne sont l'application de la théorie nouvelle, à laquelle les puissances essayent en vain d'opposer le traité de Villafranca. Le principe des nationalités règne seul dans la science. Il inspire les livres de Pasquale Fiore, de Mordenti,

Lioy, Gola, Amari, Avio, Palma, Bon, Esperson. Le nouveau Code civil italien commence la réforme du droit international privé et donne à toute l'Europe un grand exemple.

M. Pierantoni ne se borne pas à analyser les auteurs dont il parle, il critique et apprécie leurs idées, et fait bien comprendre comment le mouvement national italien a été préparé par la théorie. Ne peut-on pas précisément reprocher à cette théorie d'avoir été quelque peu faite pour les besoins de la cause ? L'examen de cette question nous conduirait trop loin. Quoi qu'il en soit, la nouvelle école italienne a certainement laissé dans la science du droit international une trace qui ne s'effacera pas. R. D.

DE LA SUBROGATION RÉELLE

(SUITE ET FIN [1])

SECTION II. — De l'emploi sous le régime dotal (suite).

II. *Droit français.* — L'accord des époux, condition nécessaire de la subrogation à Rome, ne cessa pas d'être exigé en France dans les pays de droit écrit. Seulement une règle nouvelle s'était introduite et avait renfermé dans de plus justes limites la liberté si grande de transformer la dot que les jurisconsultes romains laissaient aux époux. Cette règle, commune aux pays coutumiers et aux pays de droit écrit, défendait toute dérogation tant expresse que tacite aux conventions matrimoniales [2]; il en résultait que la volonté des conjoints manifestée postérieurement au contrat de mariage ne pouvait amener aucun changement dans la composition de la dot, ne pouvait subroger un bien nouveau à une valeur dotale. — Une telle subrogation n'était possible que si le contrat de mariage contenait à ce sujet une clause expresse. Écoutez Roussilhe : « Il faut, dit-il, pour que la femme puisse réclamer un fonds qui a été acquis pendant le mariage, comme dotal, qu'il ait été convenu, *lors du contrat de mariage*, qu'emploi sera fait de la dot en biens fonds; sans cette stipulation l'on ne peut pendant le mariage changer la nature de la dot [3]. »

Ce système de l'ancien droit a passé dans le Code : il résultait déjà des articles 1395 et 1543; il a été consacré formellement par l'article 1553. Les conséquences de la subrogation sont, en effet, bien autres sous ce régime que sous celui de la communauté. C'est un immeuble qui est mis, pour ainsi dire, hors du commerce. Les tiers doivent en être avertis, et ils ne le seront

[1] Voir *Revue historique*, t. XIV, p. 448, 551, et t. XV, p. 369.

[2] Voir notamment : Pothier, *De la communauté*, Introduction, n° 18. — Louet et Brodeau sur Louet, *Lettre M. som.* 4, II, p. 108 et suiv.

[3] Roussilhe, *Traité de la dot*, I, n° 186, p. 194-195 (édit. 1785).

complétement que si le contrat de mariage leur fournit, à ce sujet, des indications certaines.

Toutes les fois donc que le contrat de mariage sera muet sur ce point, tout emploi sera impossible (au moins tout emploi *volontaire*, car nous verrons qu'il peut se rencontrer en certains cas un emploi *forcé*). Et voici alors les solutions qu'il faut donner.

1° *Le bien acquis par le mari* avec déclaration d'emploi tombe dans son patrimoine; mais s'il y a eu acceptation de l'emploi par la femme, celle-ci en acquiert la propriété : il devient *paraphernal*. On l'a nié; on a fait entrer ce bien dans la société d'acquêts qui existait entre les époux [1]. C'était abuser de l'idée qu'il ne se produit pas ici de subrogation. Non, il ne se produit pas de subrogation dans la qualité de bien dotal, il ne se produit pas de subrogation *spéciale*, mais pourquoi en serait-il de même de la subrogation générale dont nous tracerons bientôt les règles? La femme est propriétaire des deniers dotaux, pourquoi ne le deviendrait-elle pas de l'immeuble acheté au moyen d'eux, si l'acquisition est faite en son nom et de son consentement?

2° *Le bien acquis par la femme*, dûment autorisée, n'est pas subrogé aux deniers dotaux qui servent à le payer. Si quelques Cours d'appel ont jugé différemment [2], c'est qu'elles ont cru, avec certains commentateurs, que la loi 54, *De jure dotium*, vise l'acquisition faite par la femme seule, la c. 12, *cod*, le cas où le mari se porte acheteur [3]. Cette opinion, qui est en désaccord complet avec les idées que l'on se faisait à Rome de la *permutatio dotis*, vient encore échouer contre les articles 1395 et 1553 [4].

3° Les biens donnés au mari en payement de la dot mobilière

[1] Cass., 23 avril 1833 (Sir., 33, I, p. 637).

[2] Rouen, 26 juin 1824 (Sir., 25, II, 19).— Montpellier, 17 novembre 1830 (Sir., 31, II, 298).

[3] On a même mal compris quelques-uns de nos vieux jurisconsultes. Duarenus, par exemple, et Brunnemann n'ont certainement en vue que le cas de convention entre époux : Duarenus, *Ad leg.* 22, § 13, *Soluto mat.*, p. 371 (Lugd. 1588).— Brunnemann, *In Codicem*, c. 12, *De jure dot.*, p. 453 (édit. 1754). — Domat, par contre, dit positivement : « Il faut entendre la loi 54 et les lois 26 et 27, *De jure dot.*, de l'acquisition faite par la femme, comme il paraît par ces deux dernières lois. » (Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. IX, n° 10, p. 97, édit. 1745.)

[4] Cass., 20 février 1849 (Dev. et Car., 49, I, 241). — Cf. M. Troplong, IV, n°s 3187 et suiv., p. 238, 239 et suiv.

ne sont pas dotaux : l'article 1553 le dit formellement ; les principes auraient suffi.

4° Si, au lieu d'être faite au mari, la dation l'est à la femme séparée de biens, la même solution doit être admise. — C'est ici surtout que nous nous trouvons en face de l'opinion qui veut subroger dans la qualité de chose dotale les biens que la femme acquiert seule au moyen de sa dot. Les partisans de ce système devaient être conduits à réputer dotaux les biens donnés en payement à la femme ; quelques-uns cependant se sont arrêtés à mi-chemin et ont exigé que la dation fût faite par le mari, tandis que les autres ont abouti logiquement à repousser toute distinction. Le motif invoqué est le même pour tous : « Vous enlevez à la femme une partie du bénéfice de la séparation de biens, disent-ils, si vous ne déclarez dotal l'immeuble qu'elle reçoit en payement. L'article 1553 n'a pu consacrer un semblable résultat[1]. » Fort bien, mais qu'est-ce qui éclairera les tiers sur la qualité des divers biens de la femme, s'ils ne peuvent se fier au contrat de mariage? N'ont-ils pas, et avant et après la séparation, le même intérêt à savoir si tel bien est ou non dotal ? — Et puis, on aurait beau entasser considérations sur considérations : — la loi est là : — la subrogation n'est admise que s'il y a une clause d'emploi au contrat de mariage, ou s'il s'agit d'un emploi forcé ; elle est exclue formellement au cas de dation en payement.

Pas plus qu'une convention des époux postérieure au contrat de mariage[2], une décision du juge ne peut tenir lieu de la stipulation d'emploi[3]. Les tribunaux sont ils chargés d'ajouter à la loi, de la modifier, ou, au contraire, de l'interpréter et de veiller à son application ? Ne feraient-ils pas acte de législateur en créant une subrogation qui n'est pas écrite dans nos Codes, une

[1] Voir Nîmes, 31 septembre 1832 (Dalloz, 33, II, 104). — Montpellier, 17 novembre 1830. — Aix, 25 juillet 1840 (Dev. et Car., 42, I, 110). — Seriziat, *Régime dotal*, n° 127, p. 140, 141.

Dans notre sens : Bordeaux, 5 février 1829 (Sir., 29, II, 189). — Poitiers, 5 juillet 1839 (Sir., 39, II, 546). — Riom, 8 août 1843 (Sir., 44, II, 590). — Grenoble, 1er juillet 1846 (Sir., 47, II, 281). — Bordeaux, 14 mai 1857 (Sir., 57, II, 547).

[2] Bordeaux, 7 décembre 1841 (Dalloz, 42, II, 42).

[3] *Contrà*, Bordeaux, 5 février 1829 (Sir., 29, II, 189).

subrogation réelle judiciaire? Donc, si un ordre est ouvert sur le mari et que le tribunal impose à la femme l'emploi des deniers que sa collocation lui fait obtenir, l'immeuble acquis à l'aide de ces deniers, bien que représentant une valeur dotale, ne sera pas dotal. De même, il ne s'opérerait aucune subrogation si, en prononçant la séparation de biens, le tribunal avait enjoint à la femme d'employer l'argent provenant de la restitution de la dot mobilière, quand le contrat de mariage était muet sur ce point.

L'emploi sous le régime dotal doit être assujetti aux mêmes conditions que sous le régime de la communauté : l'article 1553 renvoie manifestement aux articles 1434 et 1435[1]. On a prétendu pourtant que l'acceptation de la femme n'était pas de rigueur quand le contrat de mariage porte une stipulation d'emploi, mais on a oublié, sans doute, qu'aussi bien dans les pays de droit écrit[2] que dans ceux de coutume, la nécessité de cette acceptation avait été reconnue de tout temps; car ce n'est assurément pas dans l'article 1553, dont le but est bien connu, que l'on voudra chercher une abolition de cet ancien état de choses. Pourquoi n'y verrait-on pas de même une dérogation à l'article 1434? Du reste, la raison sur laquelle on se fonde, à savoir que par la clause d'emploi la femme a donné à son mari mandat d'acquérir pour elle[3], a déjà été réfutée. Rien ne justifie de l'existence d'un pareil mandat : si la femme a imposé une obligation à son mari, en résulte-t-il qu'elle lui a reconnu du même coup le droit de disposer de sa dot mobilière, sans qu'elle y puisse rien trouver à redire[4]?

Quand l'emploi est régulier et valable, l'immeuble acquis devient dotal comme les deniers dont il a pris la place, mais les

[1] Cf. Cass., 23 mai 1838 (Dalloz, 38, I, 255). — Toulouse, 15 août 1841 (Dalloz, 42, II, 10).

[2] Roussilhe, *Traité de la dot*, I, n° 185, p. 192-193 (édit. 1785). — Despeisses, *De la dot*, sect. III, n° 82, I, p. 534, 535 (édit. 1750).

[3] Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10. — Toullier, XII, n° 364; XIV, n° 152. — Rodière et Pont, II, n° 421, p. 312 et suiv.

[4] Voir MM. Aubry et Rau, IV, § 534, note 30, p. 455. — Troplong, IV, n° 3198, p. 254 et suiv. (Cet auteur s'écarte en quelques points de notre doctrine).— Benech, n° 41, *præsert.* p. 104 et suiv.—Duranton, XV, n° 429. — Benoît, *De la dot*, I, p. 132.

effets de cette dotalité ne sont pas les mêmes que si les deniers eux-mêmes étaient restés en dot. C'est la qualité de *chose dotale*, et non la qualité de *chose dotale mobilière*, qui passe à l'immeuble ; la dotalité change de caractère suivant la nature du bien auquel elle se trouve attachée. L'immeuble sera donc traité comme s'il était entré dans la constitution de dot, comme toute autre *chose dotale immobilière*.

De l'emploi forcé. — On se souvient que dans les cas d'aliénation prévus par l'article 1558 et en tous autres que nous leur avons assimilés, le prix ou partie du prix doit être employé de par la loi. C'est de cet emploi qu'il va être question. Peut-être faut-il ajouter aux hypothèses qui viennent d'être rappelées celle où la femme séparée de biens veut quittancer sa dot mobilière ; mais à l'heure qu'il est ce point est encore vivement débattu [1]. Il nous est évidemment impossible de descendre dans l'arène pour prendre part à la lutte, nous nous contenterons de faire observer que, si l'on se prononce pour la nécessité de l'emploi, on devra, autant que la modification des rapports des deux époux le permettra, s'en tenir aux principes que nous allons poser.

L'emploi forcé produit-il subrogation? — On l'a nié [2], mais cette solution paraît aussi difficile à concilier avec les articles 1558 et 1559, que difficile à justifier au point de vue des principes.

« L'excédant du prix, dit le législateur dans l'article 1558, restera *dotal*, et il en sera fait emploi *comme tel* au profit de la femme. » — Est-ce assez clair?

Et pourquoi aussi aurait-on refusé la qualité de dotal à l'immeuble acquis en emploi? Il eût fallu, en tout cas, un motif bien puissant pour méconnaître de la sorte la volonté du constituant! Voici un immeuble qui est mis en dot ; on y veut attacher toutes les garanties qui protégent la dot immobilière, mais on néglige de prévoir le cas où une aliénation forcée viendrait à le faire sortir des mains du mari. S'il survient une pareille aliénation, l'immeuble sera remplacé par une valeur mobilière.

[1] *Voir surtout* : MM. Aubry et Rau, IV, § 539, p. 518, note 11. — Benech, *op. cit.*, nos 137 et suiv., p. 314 et suiv. — Tessier, *De la dot*, I, note 550, p. 404. — *Questions sur la dot*, no 105, etc.

[2] MM. Odier, III, no 1313. — Tessier, I, p. 235.

Soit ! personne ne peut l'empêcher ; mais au moins ne peut-on pas empêcher que cette valeur ne devienne paraphernale, en la subrogeant au bien aliéné ? ne peut-on pas ensuite faire disparaître les modifications forcément apportées au statut matrimonial, en substituant un nouvel immeuble dotal au prix de celui qui a été vendu ? La première de ces subrogations, l'article 1558 la consacre ; et il aurait repoussé celle qui n'en est qu'un complément nécessaire, qui assure aux époux la dot immobilière qu'ils devaient avoir en vertu du contrat de mariage ! Qui ne voit d'ailleurs que dans un pareil système la nécessité de l'emploi est tout à fait inexplicable, que le législateur aurait beaucoup mieux fait de s'en tenir à la subrogation du prix à l'immeuble aliéné ? Non-seulement la femme n'aura pas un immeuble dotal, inaliénable, soumis à l'administration et à l'usufruit du mari, elle n'aura pas même une valeur dotale mobilière, mais un paraphernal, laissé à sa libre administration, à sa libre disposition, dont c'est elle qui perçoit les fruits !

On nous oppose l'article 1553 : l'immeuble acquis de deniers dotaux n'est dotal que si le contrat de mariage renferme une stipulation d'emploi. — Cette disposition n'a rien à faire ici : elle s'explique par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; or ce même principe conduit, dans l'espèce, à une solution diamétralement opposée, car, à la différence de ce qui a lieu au cas prévu par l'article 1553, la dot a été originairement immobilière [1].

Remarquons maintenant que les conditions ordinaires de l'emploi n'ont pas besoin d'être rigoureusement observées en cas de *dation en payement*. Celle-ci se rencontre surtout quand le mari est évincé d'un immeuble dotal :

Si, au lieu d'une indemnité pécuniaire qui serait dotale et devrait être employée, le mari, sur l'action en garantie, reçoit des immeubles en payement, je crois que ces immeubles seront dotaux [2]. Pourquoi ? parce que je les regarde comme subrogés aux dommages-intérêts que le mari aurait dû obtenir. A la vérité,

[1] Cf. *dans notre sens :* MM. Aubry et Rau, IV, § 534, note 32, p. 456. — Benech, *op. cit.*, n° 131, p. 220 et suiv. — Troplong, IV, n° 3488, p. 600. — Rodière et Pont, II, n° 562, p. 421.

[2] *Contrà*, MM. Aubry et Rau, IV, § 534, texte et note 26, p. 454. — Duranton, XV, n° 435. — Odier, III, n° 1147. — Seriziat (n°s 56-57), p. 62 et suiv.

les immeubles acquis de deniers dotaux ne sont pas dotaux : oui, si la dot était mobilière à l'origine ! mais ici elle était immobilière et devait le rester ; oui encore, s'il n'y a ni emploi stipulé dans le contrat de mariage ni emploi forcé. Or précisément c'est d'un emploi forcé qu'il s'agit ; la dation en payement en tient lieu. Et peu importe que l'indemnité d'éviction n'ait pas été fixée par les parties ; une pareille fixation peut toujours se sous-entendre[1]. Peu importe aussi qu'il n'y ait pas eu de déclaration d'emploi. L'intention du mari d'opérer la subrogation n'est-elle pas évidente ? Il n'aurait pas pu disposer des deniers qu'on lui eût alloués comme indemnité, il n'a pu disposer de la créance d'indemnité qu'il avait contre le vendeur autrement qu'en y subrogeant un immeuble dotal, ou en restant obligé de le faire. Pourquoi donc chercherait-il longtemps un emploi, puisqu'il en a un tout trouvé ? Il est vrai de dire que le mari, dans le système de nos adversaires, pourrait encore recevoir les immeubles en payement dans l'intention d'en faire des paraphernaux de la femme, pour le cas où elle y consentirait. Mais comment lui prêter un désir si contraire à ses intérêts ? Pense-t on réaliser ainsi le vœu de la loi, qui exige un emploi forcé, qui veut qu'un immeuble dotal prenne la place de l'immeuble évincé ? — Mais la femme ? — Il va sans dire que nous demandons son consentement. — Mais les tiers ? — Ils n'ont qu'à se reporter à l'acte de cession ; ils verront bien qu'ils sont en présence d'un emploi forcé.

Si pourtant la femme elle-même s'était constitué l'immeuble évincé en dot, et avait cédé en place un de ces paraphernaux, j'hésiterais davantage à admettre la subrogation. Les tiers qui traitent, soit avec le mari, soit avec la femme, trouvant entre les mains du premier un immeuble primitivement paraphernal, ne croiront-ils pas de très-bonne foi que cet immeuble n'a pas cessé d'avoir ce caractère, sans se livrer à de longues recherches sur ce point ? Je regarderais donc comme plus conforme à l'équité, quoique moins conforme peut-être aux principes de la subrogation, de réputer paraphernal l'immeuble donné en payement par la femme elle-même, tout en le soumettant à la jouissance du mari.

[1] S'il n'y a pas eu de convention expresse relativement aux dommages-intérêts, pourquoi ne pas assimiler la dation en payement à l'échange ?

§ 3. — Subrogation de la chose nouvellement acquise à celle dont le prix a servi à l'acquérir. Remploi actuel.

Nous allons nous occuper maintenant de la combinaison des conditions et des effets des deux subrogations qui viennent d'être étudiées. Elle a lieu en cas de *remploi*, c'est-à-dire en cas d'*emploi* de deniers devenus propres ou dotaux par subrogation.

Section I. — Régime de la communauté.

Pour qu'il y ait remploi, il faut avant tout que le prix d'un immeuble propre lui ait été subrogé. Dans l'ancien droit déjà, quand cette subrogation n'avait pas lieu de plein droit [1], le remploi n'était possible que si une stipulation expresse des époux avait réalisé le prix de vente. Nombre de coutumes exigeaient une *affirmation* ou *contestation* de remploi *faite devant deux notaires* au moment de l'aliénation [2]. De nos jours, il ne peut y avoir de difficulté sur ce premier point que si le caractère *propre* de l'immeuble vendu est mis en question, si notamment cet immeuble est évincé entre les mains du tiers acquéreur. Il me semble alors que si la communauté rembourse le prix l'acquisition faite en remploi, ayant eu lieu, en définitive, à l'aide de deniers communs, ne saurait en principe être propre. Toutefois, si l'époux vendeur, exerçant à son tour une action en garantie, obtient une somme équivalente au prix du remploi, refuserez-vous la qualité de propre au nouvel immeuble? Sans doute, l'immeuble évincé n'avait pas, rigoureusement parlant, cette qualité; mais ne nous a-t-il pas paru que l'intention des parties doit en cette matière prévaloir sur le fait? Dans leur pensée l'immeuble vendu ou sa valeur était et devait rester propre; donc, ne pas attribuer le même caractère au bien qui en a pris

[1] Il en était ainsi dans toutes les coutumes avant 1580.

[2] Cf. *Coutumes de Nivernais*, chap. XXIII, art. 31 (*Cout. général.*, III, p. 1149). — Bourbonnais (*Nouvelle Coutume*), art. 239 (chap. XXI), (*Cout. gén.*, III, p. 1250). — Melun, art. 225 (*Cout. gén.*, III, p. 449). — Blois, art. 164 (*Cout. gén.*, III, p. 1059), etc. — Cf. Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. V, n° 1, p. 190.

la place, ce serait aller contre l'esprit des conventions matrimoniales [1].

Les autres conditions du remploi sont les mêmes que celles de l'emploi. Il se présente cependant une question nouvelle : le remploi peut-il être fait *par anticipation?* La négative a été vivement soutenue et semblait pendant un certain temps devoir triompher ; mais l'opinion contraire chaque jour gagne du terrain et finira sûrement par l'emporter ; c'est à elle aussi que je me range [2]. — Que veut la loi pour que le remploi existe? — Deux choses, nous le savons. — D'abord que l'acquisition soit faite à l'aide de deniers subrogés à un immeuble propre. — En second lieu, que les conditions ordinaires de l'emploi se trouvent remplies. — Or le remploi par anticipation ne pourrait il satisfaire à ces exigences du législateur? L'immeuble acheté ne sera-t-il pas payé en fin de compte avec des deniers propres? La déclaration de l'origine de ces deniers, l'indication précise de l'immeuble destiné à être vendu n'est-elle pas possible?

Mais, dit Toullier [3], il répugne à la nature même des choses qu'on mette une chose à la place d'une autre qui n'est pas déplacée, qui occupe encore sa place. — Vaines arguties! Si l'immeuble acquis en remploi prend la place d'un propre, ce n'est évidemment que sous une condition qui se réalisera au moment où le propre sera vendu.

Rien à induire non plus du silence du législateur ; il a parlé dans les articles 1434 et 1435 du cas le plus fréquent, de celui où le remploi suit la vente du propre.

[1] Cf. Cass., 4 mai 1825, *Req.*, 23 novembre 1826 (Dalloz, *Rép.*, v° CONTRAT DE MARIAGE, n° 759, note 1).— *Contrà*, MM. Rodière et Pont, n° 511, p. 453-454. — L'arrêt de la Cour d'Angers du 17 mars 1833, invoqué par ces auteurs, se rapporte au cas où le recours de l'époux n'aboutit pas.

[2] *Pour la négative* : Toullier, XII, n° 370. — Odier, I, n° 326. — Bellot des Minières, I, p. 521. — Bourges, 1er août 1838 (Dev. et Car., 38, II, 455).

Pour l'affirmative : MM. Aubry et Rau, IV, n° 507, note 59, p. 257. — Rodière et Pont, n° 512, p. 454 et suiv. — Cf. Troplong, II, n° 1154, p. 426. — Benech, *op. cit.*, n° 89, p. 203-207. — Cass., 5 décembre 1854 (Dev. et Car., 55, I, 353).

[3] Toullier, XII, n° 370.

Section II. — Régime dotal.

Les explications que nous avons données déjà nous permettent d'être bref maintenant, quoique le *remploi* ait une importance capitale sous le régime dotal; c'est pour les époux un moyen facile et sûr de faire fléchir le principe si rigoureux de l'inaliénabilité, tout en assurant la conservation de la dot.

Le droit romain connaissait certainement le remploi, mais il n'en faisait pas un usage bien grand. Sous le droit des Pandectes, quand l'aliénation du fonds dotal avait été permise par la loi Julia, les époux pouvaient remployer le prix et convenir que l'acquisition nouvelle serait dotale, mais l'intérêt de cette stipulation n'était pas le même qu'aujourd'hui. Après la const. un., *De rei uxoriæ act.*, l'inaliénabilité absolue de l'immeuble dotal fit obstacle au remploi : on n'y put songer que dans les hypothèses exceptionnelles où se rencontrait une aliénation forcée.

Le système de la législation justinianéenne fut longtemps en vigueur dans les pays de droit écrit, mais on finit par reconnaître ce que cette indisponibilité fatale de la dot avait d'exagéré. On permit donc aux époux de se réserver, dans leur contrat de mariage, le droit de vendre l'immeuble dotal; puis, pour empêcher que cette faveur ne dégénérât en abus, l'on autorisa la femme à subordonner à une clause d'emploi la faculté d'aliéner qu'elle conférait à son mari.

Le Code (art. 1557) a voulu de même que les époux, par leur pacte matrimonial, pussent déclarer aliénables les biens dotaux : ils useront ou ils n'useront pas de ce droit, mais ils pourront aussi ne l'exercer que partiellement et faire dépendre d'un remploi la validité de l'aliénation. Une stipulation de remploi est, du reste, toujours nécessaire pour qu'un immeuble acquis pendant le mariage puisse devenir dotal (art. 1553), et il faut de plus l'accomplissement des conditions ordinaires de l'emploi.

L'immeuble acquis en remploi conformément à une clause du contrat de mariage, quoique dotal, sera aliénable lui-même à charge de remploi. On a dit que c'était là une conséquence de la subrogation, une conséquence de la règle : *Subrogatum*

sapit naturam subrogati [1]. Je n'en crois rien. Pourquoi alors la subrogation ne rendrait-elle pas aussi complétement indisponible le prix subrogé à un immeuble dotal, ou aliénable l'immeuble subrogé à des deniers dotaux? — La subrogation ne transfère ici qu'une seule qualité, celle de *dotale*; et si le nouvel immeuble devient aliénable à charge de remploi, c'est que l'intention des parties de le rendre tel ressort des clauses du contrat du mariage.

CHAPITRE II

DE L'ÉCHANGE AU POINT DE VUE DE LA SUBROGATION.

SECTION I. — De l'échange en général.

L'ancien droit identifiait presque la subrogation réelle avec l'échange. L'échange! mais il réunissait toutes les conditions requises pour la subrogation *parfaite*, pourvu seulement que la qualité de la chose échangée fût susceptible d'être transmise à celle reçue en contre-échange. L'échange opérait subrogation dans les coutumes mêmes qui ne contenaient pas à cet égard de dispositions expresses.

Au fond c'était une inconséquence. N'avait-on pas admis que la seule volonté de l'homme est impuissante à attribuer aux biens des qualités que la loi n'y a point attachées, et n'était-il pas certain en principe que la subrogation avait lieu dans les seules qualités dont la coutume avait parlé [2]?

Maintenant, c'est une tout autre question que de savoir si le législateur moderne a eu raison d'attacher à l'échange pur et simple les mêmes effets qu'au remploi [3]. Pour ma part, je le crois. La déclaration de l'origine des deniers, indispensable pour faire connaître, en cas de vente, l'objet même de la subrogation et déjouer des fraudes de diverse nature, n'est-elle pas ici sans in-

[1] M Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, n° 3430, p. 542. — Cf. Seriziat, *Régime dotal*, n° 125, p. 137.

[2] Cf. Renusson, *Des propres*, chap. I, sect. X, n° 5, p. 25.

[3] C'est seulement à cette question que peuvent se rapporter les observations de M. Troplong (I, n° 631, p. 648).

térêt aucun? Quant à la déclaration de remploi, s'il est vrai qu'on pourrait être tenté d'en faire toujours une condition de la subrogation, il me paraît néanmoins que l'intention des parties de subroger résulte plus clairement de l'échange que de l'achat fait avec la simple déclaration d'origine des deniers.

Section II. — De l'échange sous le régime de la communauté.

Quand l'immeuble propre de l'un des époux est échangé, tout fait présumer que l'on a entendu revêtir le nouveau bien de la qualité de propre qui appartenait à l'ancien. Une fiction légale était nécessaire pourtant; l'article 1407 l'a établie. Nulle déclaration d'origine des deniers ou de remploi, nulle acceptation de la femme n'est exigée, il suffit que l'échange soit régulier et, par exemple, qu'il ait lieu du consentement de la femme, si c'est à elle que la subrogation doit profiter. Peu importe aussi qu'il ait été opéré après la célébration ou dans l'intervalle qui a séparé celle-ci du contrat de mariage. (*Non obst.*, art. 1404, al. 1. Arg., art. 1404, al. 2).

Je ne ferai pas difficulté non plus d'étendre l'article 1407 au cas où c'est un meuble propre qui est échangé contre un immeuble ou même un autre meuble, un immemble propre qui est échangé contre un meuble. On me dira que la subrogation est de droit strict. Je le reconnais, mais je ne me crois pas autorisé par là à méconnaître l'esprit de la loi. Or l'article 1407 fait-il autre chose que sanctionner l'intention des parties, et cette intention n'est-elle pas manifestement la même, qu'il s'agisse d'un corps certain mobilier ou d'un immeuble? — La place et l'origine de l'article 1407 en expliquent d'ailleurs la rédaction. — Sa place, car il se trouve au milieu de dispositions qui s'occupent uniquement de déterminer quels immeubles, par exception à l'article 1401, 3°, ne tombent pas en communauté. Quant à son origine, tout me porte à croire qu'elle est à chercher dans l'article 143 de la coutume de Paris, lequel, se référant aux propres de succession, ne pouvait parler que de l'échange d'immeubles. — Mais il y a d'autres raisons encore qui enlèvent toute valeur à l'argument *à contrario* que l'on veut tirer de l'article 1407. Pourquoi d'abord traiterait-on autrement le meuble acquis en échange d'un immeuble propre que

le prix de la vente d'un pareil immeuble, prix qui devient propre par subrogation, on s'en souvient (art. 1433)? Et Pothier ne mettait-il pas sur la même ligne, au point de vue de la subrogation, *une somme d'argent*, et d'*autres choses mobilières* [1]? D'un autre côté, peut-on raisonnablement admettre que le nouveau bien, meuble ou immeuble, n'est pas subrogé au meuble échangé comme l'est aux deniers propres l'immeuble ou le meuble acquis en emploi, quand l'article 1407 montre clairement qu'aux yeux du législateur l'échange pur et simple équivaut à un achat accompagné de la double déclaration des articles 1434 et 1435 [2]?

Quand l'échange est fait but à but, la différence de valeur des biens échangés ne saurait influer sur l'étendue de la subrogation. Mais si une soulte est payée? si l'échange est mêlé de vente?

Il ne peut y avoir de question que si c'est par l'époux échangiste que la soulte est due. Alors il faut se demander si le bien acquis en contre-échange deviendra propre pour le tout, ou ne le deviendra que jusqu'à concurrence de la valeur du bien échangé? — Je crois que le Code, tout comme l'ancien droit, n'a vu là qu'une question d'interprétation de la volonté des parties et que les derniers termes de l'article 1407, *sauf la récompense s'il y a soulte*, se réfèrent non pas à tous les cas où une soulte est payée [3], mais à ceux de ces cas seulement où il est permis de présumer que les époux ont voulu rendre propre pour le tout l'immeuble reçu en contre-échange. Si c'est sur l'intention présumée des deux conjoints qu'est basée la fiction de l'article 1407, n'est-ce pas à elle aussi qu'il faut remonter quand on veut déterminer l'étendue de la subrogation qui en découle?

Il appartient néanmoins à la doctrine de ne pas laisser cette interprétation de volonté sans règles certaines, d'empêcher

[1] Pothier, *De la communauté*, n° 197.

[2] *Dans notre sens :* Pothier, *Communauté*, n° 595. — MM. Troplong, I, n° 638, p. 650. — Rodière et Pont, I, n° 499, p. 432-433. — Rolland de Villargues, v° Reprises, n° 11. — Dalloz, v° Régime matrimonial, n° 807. — *Contrà*, Rolland de Villargues, v° Communauté, n° 204. — Bellot des Minières, I, p. 201.

[3] *Contrà*, Toullier, XII, n°s 149-150. — Glandaz, v° Communauté, n° 113.

qu'elle ne soit livrée à l'arbitraire, de prendre garde enfin qu'en poussant trop loin le respect de l'intention des époux on ne leur permette de se créer trop facilement des propres. A ces divers points de vue il est important de s'en tenir aux principes presque universellement admis par nos anciens auteurs[1] et consacrés par nombre de coutumes dans la question, fort voisine de la nôtre, de savoir si le retrait lignager pouvait être exercé en cas d'échange avec soulte d'un propre de succession. Développés par Pothier[2], tout porte à penser que ces principes étaient présents à l'esprit du législateur et qu'il s'y est implicitement référé quand il a écrit la disposition finale de l'article 1407. Ils sont fort simples. — Ou bien la soulte est inférieure à la valeur du propre, et alors on ne peut considérer l'opération que comme un échange, la soulte que comme un accessoire du contrat. — Ou bien elle est égale ou supérieure à cette valeur, et, dans ce cas, il y a deux opérations distinctes : un échange qui rend propre le bien acquis jusqu'à concurrence de la valeur que le propre échangé représente dans le prix, une vente qui le fait tomber en communauté pour le surplus. Si pourtant la valeur du propre échangé était insignifiante en comparaison de la soulte, on devrait logiquement regarder le propre comme l'accessoire d'un prix de vente et proscrire toute subrogation[3].

Ces diverses règles me sembleraient inapplicables dans l'hypothèse où le bien acquis par les époux se composerait de deux

[1] D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 2, n° 3; glose 3, n° 7. — Renusson, *Des propres*, chap. I, sect. X, n° 9, p. 25-26. — Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. V, sect. II, dist. 3, n° 8, p. 109, etc.

[2] Pothier, *Communauté*, n° 197.

[3] Cette question a donné lieu à plusieurs autres systèmes qu'il me paraît inutile de développer. On a prétendu notamment que la subrogation est empêchée de se produire chaque fois que la soulte est supérieure à la valeur du propre. — (Bellot des Minières, I, p. 213.— Bugnet sur Pothier, n° 197, note 1.)— Cette opinion, qui s'expose à méconnaître l'intention des époux et à violer l'article 1407, semble s'être inspirée à tort de la solution que l'ancien droit, par suite de principes spéciaux inapplicables aujourd'hui, donnait en cas de retrait litigieux.

Dans notre sens : MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 256-257. — Troplong, I, nos 637 et suiv. — Rodière et Pont, I, n° 500, p. 433 et suiv. — Taulier, V, p. 62. — M. Battur (*Communauté*, I, n° 208) décide, contrairement aux traditions, que la subrogation ne pourra plus se produire pour le tout quand la soulte sera du *tiers* de la valeur du propre échangé.

parties distinctes, à l'une desquelles la soulte pourrait correspondre. Quelle que fût la valeur de celle-ci, soit très forte, soit très-faible je crois que le nouveau bien serait toujours à considérer comme conquêt jusqu'à concurrence de la soulte, comme propre pour le reste ; en d'autres termes, que la partie répondant à la soulte devrait être détachée au profit de la communauté. Ici, en effet, sinon en fait au moins dans l'intention des parties, il y a eu, dans tous les cas, deux contrats différents.

La subrogation établie par l'article 1407 ne se produira jamais contre le gré des époux, qui pourront toujours déclarer qu'ils y renoncent ; comme preuve, il suffit de rappeler que cet article n'est fondé que sur une interprétation de volonté.

Section III. De la subrogation qui naît de l'échange sous le régime dotal.

Le législateur, sous le régime dotal, n'aurait pu séparer la subrogation de l'échange sans donner aux époux un moyen facile de diminuer la dot et de se soustraire au principe d'inaliénabilité écrit dans l'article 1554. Nous en conclurons de suite que la subrogation ne pourra jamais être écartée ici par une renonciation.

Le droit romain déjà autorisait les époux à faire une *permutatio dotis* (L. 25, 26, 27, *De jure dotium*, 23, 3). — De même la jurisprudence des pays de droit écrit se montrait, dans beaucoup de ressorts, favorable à l'échange et réputait dotal l'immeuble reçu en place d'un fonds dotal [1]. On exigeait seulement que cette subrogation et cet échange ne fussent point préjudiciables à la femme. Le Code enfin a fort sagement subordonné l'efficacité de l'échange à diverses conditions qui ont pour but d'assurer la conservation de la dot (art. 1559).

1° Il faut le consentement de la femme. — La loi romaine disait : *Permutatio dotium conventione fieri potest* (L. 25, *De jure dotium*, 23, 3), et exigeait ainsi l'accord des deux époux. Cette règle me paraît devoir être suivie encore : l'article 1559

[1] Salviat, *La jurisprudence du parlement de Bordeaux*, p. 201 (édit. 1787). — Julien, *Eléments de jurisprudence*, p. 57. — *Contrà*, Roussilhe, *Traité de la dot*, n° 394, I, p. 402-403 (édit. 1785).

ne se réfère qu'au cas le plus fréquent, celui où c'est le mari qui, en sa qualité d'administrateur, opère l'échange. Si donc l'échange était fait par la femme, le consentement du mari devrait être exigé, à moins que les époux ne fussent séparés de biens.

2° Le bien reçu en contre-échange doit être un immeuble.— En droit romain, il est vrai, le fonds dotal pouvait être échangé contre des choses mobilières, mais il ne faut pas perdre de vue que les époux pouvaient aussi, postérieurement même au mariage, convenir de l'aliénation du fonds dotal. Les pays de droit écrit eurent donc raison de s'écarter, sur ce point, du système romain.

3° Il faut que l'échange soit *utile* à la femme (cf. L. 26, *De jure dotium*, 23, 3).

4° Le nouvel immeuble doit équivaloir aux quatre cinquièmes au moins de l'immeuble dotal. — On n'a pas voulu que l'échange dégénérât en vente.

5° L'accomplissement des deux dernières conditions a besoin d'être constaté par des experts que le tribunal désigne à cet effet, sur requête des époux.

6° L'autorisation de justice est nécessaire.

L'article 1559 cesserait d'être applicable si une stipulation d'échange avait été portée au contrat de mariage.

Si une soulte est payée à la femme, la soulte, tout comme le nouvel immeuble, est dotale ; de plus, *emploi* doit en être fait en acquisitions immobilières.

Si une soulte est payée au tiers échangiste, la subrogation ne se produit que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble dotal. Il n'y a pas à se demander si la soulte est inférieure ou supérieure à cette valeur ; dans l'un et l'autre cas le nouveau bien sera dotal pour partie et pour partie propre à l'un des époux. La dot, en effet, ne peut être ni augmentée ni diminuée pendant le mariage (art. 1543). Remarquez, du reste, qu'on ne trouve pas dans l'article 1559 de disposition analogue à celle de l'article 1407, *in fine*.

L'immeuble subrogé à un fonds dotal échangé pourra être à son tour l'objet d'un échange. Une série d'échanges et de diminutions d'un cinquième pourraient donc transformer en mobi-

lière une valeur dotale immobilière primitivement, si la nécessité de remployer les soultes n'était pas imposée au mari.

CHAPITRE III

DE LA SUBROGATION EN CAS DE PARTAGE OU DE LICITATION.

Le partage et la licitation sont des sources moins fréquentes et moins immédiates de la subrogation, que la vente et l'échange ; on peut même dire jusqu'à un certain point que c'est grâce seulement aux analogies qu'ils présentent avec ces deux contrats, que, dans certains cas, ils donnent naissance à une subrogation réelle. Il ne m'en paraît pas moins intéressant de rechercher quels sont ces cas et quelles règles s'y appliquent.

§ 1. — Régime de la communauté.

SECTION I. — *Licitation.*

Pour qu'il puisse être question de subrogation, il faut supposer que l'un des époux, copropriétaire d'un immeuble indivis dont la licitation est provoquée pendant le mariage, reçoit une soulte pour sa part. La licitation constituant, dans cette hypothèse, une véritable vente du droit immobilier qui appartenait à l'époux sur le bien indivis, le prix de cette vente, la soulte, doit être subrogé au droit immobilier et devenir propre en vertu des principes que nous avons déduits de l'article 1433.

Cette solution, je la crois vraie même quand les divers copropriétaires par indivis sont des copartageants et que la licitation est tranchée au profit de l'un d'eux. Je vais ainsi au-devant d'un argument que l'on pourrait puiser dans l'article 883, et qui, au reste, ne serait pas nouveau. Bourjon déjà voyait dans la rétroactivité du partage un obstacle à la subrogation, l'époux étant censé n'avoir jamais eu aucun droit sur l'immeuble licité [1]. Une pareille solution méconnaît entièrement le sens de la règle que *le partage est déclaratif et non translatif de*

[1] Bourjon, *Droit commun de la France*, *Communauté*, VI^e^ partie, chap. II, sect. IV, dist. 3, n^os^ 66-69, I, p. 622.

propriété. Cette maxime, qui *simpatise*, comme le disait Lebrun [1], avec celle que *le mort saisit le vif*, ne peut, pour ce motif même, être invoquée en dehors des rapports réciproques des divers copartageants. N'y a-t-il pas quelque chose qui répugne à ce qu'un tiers vienne se prévaloir de ce principe à l'encontre de l'un d'eux et lui dire : « Le partage est déclaratif de propriété ; cette soulte qui vous a été payée, vous ne pouvez pas prétendre qu'elle provient des droits que vous aviez sur l'immeuble licité? » Et puis, dans notre cas spécial, comprend-on que ce prix qui remplace le droit immobilier de l'un des époux enrichisse la communauté, au mépris des articles 1433 et 1437? Ce dernier argument a paru péremptoire à ceux-là mêmes qui regardent l'article 883 comme d'une application générale : ils se sont vus obligés d'admettre ici la subrogation qu'ils repoussent dans des hypothèses analogues; mais quand il s'est agi de justifier une aussi manifeste contradiction, ils n'ont su trouver que d'assez faibles raisons, comme nous le verrons à l'instant [2].

Section II. — *Partage de succession.*

I. Succession purement immobilière.

Comme au cas de licitation, il faut supposer qu'une soulte échoit à l'époux successible. Cette soulte sera subrogée aux droits immobiliers qui lui appartenaient en sa qualité d'héritier : elle sera propre. (Arg. art. 1433. — *Non obst.*, art. 883 [3].) Pothier le décidait ainsi [4], contrairement au sentiment de Bourjon [5].

[1] Lebrun, *De la communauté*, liv. I, chap. v, sect. II, dist. 1, n° 34, p. 77.

[2] *Dans notre sens* : MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 245 ; V, p. 269, § 625. — *Contrà*, MM. Demolombe, *Des successions*, V, n° 317, p. 394. — Troplong, I, n° 444, p. 499 et suiv.; II, n° 1087, p. 366.

[3] Voir les auteurs cités à la note précédente ; de plus, MM. Rodière et Pont, I, n° 431, p. 346-347.

[4] Pothier, *De la communauté*, n° 100. — *Dans le même sens* : Renusson, *De la communauté*, I^re^ partie, chap. III, n° 16, p. 7.— Lebrun, *De la communauté*, liv. I, chap. v, sect. I, dist. 1, n° 15, p. 41.

[5] Bourjon, *loc. suprà citato*.

II. SUCCESSION PARTIE MOBILIÈRE, PARTIE IMMOBILIÈRE.

1° Partage sans soulte.

Je prends d'abord le cas où le partage attribue plus de meubles, à proportion, que d'immeubles à l'époux héritier. — Les choses doivent s'y passer, à mon sens, comme s'il se produisait une subrogation de meubles à immeubles, jusqu'à concurrence de la part que, dans un partage égal et conforme à l'article 832, l'époux aurait dû recueillir. La femme, je suppose, est héritière pour moitié d'une succession qui comprend un tiers d'immeubles, deux tiers de meubles, et elle reçoit toute sa portion en meubles. Ces biens qui lui échoient seront propres jusqu'à concurrence du sixième de l'hérédité, car dans un partage égal elle aurait eu un tiers en meubles, un sixième en immeubles. — Sur quoi se base cette solution? — Le voici : Comme héritière, la femme avait un droit immobilier propre de la valeur du sixième de la succession. C'était un droit acquis, un droit entré dans son patrimoine au moment du décès du D. C. Le partage ne peut donc en faire profiter la communauté ; les meubles qui ont été attribués à la femme en échange de son droit immobilier ne peuvent être que propres, comme l'était ce droit lui-même (art. 1433).

Il faut bien le dire, cette opinion ne compte guère de partisans[1] ; et si Lebrun, dans l'ancien droit, s'était hautement prononcé en sa faveur[2], Pothier n'avait pas cru devoir l'admettre[3]. La cause de toutes les dissidences est toujours ce même principe de la rétroactivité du partage : il faut s'en tenir aux résultats du partage, dit-on, l'époux ayant été rempli en valeurs hérédi-

[1] *Dans notre sens* : MM. Aubry et Rau, IV, § 507, p. 242, 254 ; V, § 625, p. 269-271, texte, note 21.

En sens contraire : MM. Demolombe, *Successions*, V, n° 317, p. 394-398. — Troplong, I, n°s 370-371. — Marcadé sur 1401, n° 5 ; sur 1408, n° 8. — Rodière et Pont, I, n°s 356-357. — Rolland de Villargues, *Rép.*, v° COMMUNAUTÉ, n° 96. — Douai, 9 mars 1849 (Dev. et Car., 50, II, p. 180). — Cass., 11 décembre 1850 (Dev. et Car., 51, I, p. 253).

[2] Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. V, sect. II, dist. 1, n°s 55-57, p. 87-89. — *Dans le même sens* : Valin sur la Rochelle, art. 48, § 2, n° 7.

[3] Pothier, *De la communauté*, n° 100 et n° 631.

taires est censé n'avoir jamais eu que ces valeurs, n'avoir jamais eu aucun droit sur les immeubles de la succession.

Mais pourquoi s'obstiner ainsi à faire régir par le principe de l'article 883 plus que les rapports des cohéritiers et de leurs ayants cause? Autant on s'explique bien et son but et sa raison d'être, si on le restreint à cet objet, aussi peu on le comprend quand on veut faire de la rétroactivité du partage un principe général, rayonnant dans tout le domaine du droit. Au cas qui nous occupe, porte t on la moindre atteinte au droit primordial du cohéritier auquel les immeubles sont échus? A son regard ne laisse-t-on pas le partage tel qu'il est? tout ne se borne-t-il pas à un règlement de comptes entre la communauté et l'époux, la première ne devant pas être enrichie au détriment de celui ci?

Rappelons ici la concession que nos adversaires ont été obligés de faire et qui suffirait peut-être pour condamner leur système. Ils ont reconnu que la soulte, en cas de licitation ou de partage d'une succession immobilière, doit être propre, nonobstant la rétroactivité du partage N'est-ce pas l'aveu que l'article 883 ne saurait régler les rapports de l'époux héritier avec la communauté? Non, a-t-on répondu, et voici ce qu'il faut dire : Pendant l'indivision chaque cohéritier a un *droit alternatif* sur les divers biens de la succession, et la nature définitive de son droit ne se déterminera que d'après celle des corps héréditaires qui lors du partage seront mis dans son lot, à supposer qu'aucune soulte ne lui soit payée; rien donc en pareil cas ne fait obstacle à la fiction de l'article 883. Autrement en est-il au cas de licitation ou de partage avec soulte; celle-ci n'étant pas comprise dans les effets de la succession, on ne peut dire que l'époux héritier avait à son égard un droit alternatif, et d'autre part il ne peut être censé la tenir directement du D. C.

L'argumentation peut être spécieuse, mais elle n'est pas convaincante. L'article 883 entendu comme nous le faisons, le successible perd, sans doute, tout droit sur les objets héréditaires qui restent en dehors de son lot, mais rien n'empêche de le considérer vis-à-vis de la communauté comme ayant eu à la fois un droit mobilier et un droit immobilier. Si l'on admet, au contraire, la rétroactivité absolue du partage et que l'on regarde comme alternatif le droit de l'époux sur les biens de l'hérédité,

pourquoi ce droit ne pourrait-il pas avoir le même caractère à l'égard de la soulte? Celle-ci, bien qu'elle ne consiste pas en choses héréditaires, ne représente-t-elle point une valeur de la succession?

Notre solution aura le double avantage de prévenir les fraudes qui pourraient être commises et, dans un partage de bonne foi, de maintenir l'égalité entre les époux, d'empêcher l'enrichissement de la communauté au préjudice de l'un d'eux.

Quand, à la différence du cas qui vient de nous occuper, c'est la proportion d'immeubles qui est la plus forte, la solution sera analogue; les immeubles deviendront *conquêts* jusqu'à concurrence de la valeur des meubles qu'un partage égal aurait mis au lot de l'époux. Outre l'article 1437, c'est l'article 1096, le principe de la révocabilité des avantages entre époux, qui le veut ainsi. Quant à l'article 883, je n'en parle plus; il est entendu que nous nous refusons à lui reconnaître aucune influence sur les rapports de l'époux successible avec son conjoint ou la communauté.

2° Partage avec soulte.

a. L'époux ne reçoit qu'une soulte. — Cette soulte sera-t-elle propre? sera-t-elle conquêt? — A mon sens, il faut faire une ventilation et voir à quelle part dans les immeubles, à quelle dans les meubles la soulte peut correspondre. Les meubles tombant dans la communauté, il doit en être de même de la soulte, qui tient ici leur place; mais le surplus sera propre comme subrogé aux immeubles qui dans un partage séparé des meubles et des immeubles seraient revenus à l'époux. Il y a une sorte de vente de la part immobilière à laquelle cet époux avait droit, vente dont le prix ne peut être que propre. (Arg., art. 1433.) — Que la succession, par exemple, comprenne un tiers de meubles, deux tiers d'immeubles et que le mari y soit appelé pour un quart. Avant le partage il était copropriétaire des immeubles jusqu'à concurrence du sixième de la succession, des meubles jusqu'à concurrence du douzième. La soulte qui lui est attribuée doit être subrogée pour partie à son droit immobilier, et ainsi, jusqu'à concurrence du sixième de l'hérédité, elle sera propre.

b. L'époux reçoit des meubles et une soulte. — La combinaison des règles précédentes mène aux résultats suivants :

Si les meubles échus à l'époux sont précisément ceux qu'un partage séparé aurait pu lui attribuer, la soulte entière est propre, comme subrogée à son droit immobilier;

S'ils représentent plus que la part mobilière que l'époux aurait dû avoir, proportionnellement aux immeubles, les meubles qui excèdent cette part, de même que la soulte tout entière, seront propres ;

Si enfin la proportion des meubles est plus faible qu'elle n'aurait dû l'être, une partie seulement de la soulte sera propre, celle correspondant au droit immobilier de l'époux.

c. L'époux reçoit des immeubles et une soulte. — Point de subrogation si les immeubles reçus par l'époux sont l'exacte représentation de son droit immobilier.

Subrogation d'une partie de la soulte à une partie du droit immobilier de l'époux, si la soulte est plus considérable, à proportion, que les immeubles tombés à son lot[1].

Enfin subrogation d'une partie des immeubles dans la qualité de conquêt, si la valeur des immeubles échus à l'époux empiète sur la part mobilière qui aurait dû lui revenir.

d. L'époux reçoit des meubles, des immeubles et une soulte. — Les solutions fort nombreuses applicables à ce cas se déduisent sans peine de celles qui viennent d'être données pour les hypothèses dont nous n'avons ici que la réunion.

§ 2.—Régime dotal.

Section I. — *Licitation.*

Quand un immeuble dotal, non compris dans une masse, est indivis avec des tiers et que, soit un étranger, soit l'un des copropriétaires s'en rend adjudicataire sur licitation, la soulte qui revient à la femme est subrogée, à charge de remploi, à son droit immobilier. C'est là, en effet, une de ces aliénations forcées où se produit, comme je crois l'avoir montré, cette subrogation de prix à la chose à laquelle nous n'avions vu

[1] *Contrà*, M. Troplong, *Du contrat de mariage*, I, n° 244, p. 501.

qu'un seul obstacle possible, l'article 883 ; au point où nous en sommes, cet obstacle est levé[1].

Si la femme elle-même se porte adjudicataire, il semble qu'il ne puisse être question de subrogation. Je le crois, en effet ; mais il faut se prémunir contre une erreur que plusieurs ont enseignée. Au cas spécial où la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et futurs, on a prétendu que l'immeuble tout entier doit être dotal, ce qui revient à le subroger, pour tout ce qui excède la part indivise de la femme, aux deniers dotaux qui ont été payés comme soulte aux autres copropriétaires. La dot, a-t-on dit, n'étant pas augmentée aux dépens de la fortune paraphernale de la femme, la licitation doit être mise sur la même ligne qu'une acquisition à titre gratuit[2]. — Mais n'y aurait-il pas là une transformation de la dot tombant sous le coup des articles 1395, 1543, 1553 ? N'y aurait-il pas une subrogation de l'immeuble aux deniers dotaux, et une pareille subrogation est-elle possible en dehors des cas d'emploi forcé ou d'emploi stipulé dans le contrat de mariage[3] ?

Passons à un autre cas : La femme s'est constitué en dot sa part dans une masse indivise ; dans cette masse se trouve un immeuble dont elle se rend adjudicataire sur licitation. L'immeuble sera-t-il dotal pour le tout ou ne le sera-t-il que pour partie ? Il faut distinguer. Si les autres communistes sont remplis de ce que leur devait la femme en biens qu'elle tenait de la masse, il y aura subrogation de l'immeuble à ces biens, dotaux, on ne l'oublie pas, car l'adjudication n'est ici autre chose au fond qu'une des opérations du partage, et, d'après le pacte matrimonial, tout ce qui revient à la femme dans la masse indivise doit entrer en dot. — Si la soulte que doit la femme n'est payée que partiellement en biens de la masse, la subrogation ne s'opère que jusqu'à concurrence de leur valeur ; enfin, si la soulte ne consistait qu'en deniers paraphernaux ou en deniers dotaux ne

[1] *En ce sens* : MM. Aubry et Rau, IV, § 454, texte *f* et note 36, p. 457. — Troplong, IV, n° 3485, p. 595. — Benech, n° 122, p. 276-277. — Cass., 23 août 1830 (Dalloz, 30, I, p. 34). — Cass., 10 mars 1856 (Dev. et Car., 56, I, p. 657). — *Contrà*, Odier, III, n° 1304.

[2] Marcadé sur 1558, n° 5.

[3] *En ce sens* : MM. Aubry et Rau, IV, § 534, note 29, p. 455 ; note 42, p. 459. — Grenoble, 11 juillet 1857 (Dev. et Car., 57, II, 549).

provenant pas de la masse et non sujets à emploi, l'immeuble ne serait dotal que sous déduction d'une portion correspondante à cette soulte.

Section II. — *Partage de succession.*

Le premier cas qu'il faille considérer est celui où la femme s'est constitué ou tous ses meubles ou tous ses immeubles à venir. — Supposons que la constitution a porté sur les immeubles et que dans une succession partie mobilière, partie immobilière il est échu à la femme moins d'immeubles à proportion que de meubles. Il ne s'opérera pas de subrogation des meubles héréditaires ou de la soulte attribuée à la femme au droit immobilier qui pour elle était né de l'ouverture de la succession La raison, c'est que dans les questions de dotalité il faut toujours se reporter à la volonté présumable du constituant; or peut on admettre que la femme ait entendu mettre en dot son droit immobilier dans une succession non encore ouverte, sans avoir aucunement égard aux résultats du partage? Évidemment non[1].

Voici une autre hypothèse. La constitution de dot comprenait des biens donnés à la femme en avancement d'hoirie; rapport de ces biens est fait à la succession du donateur et d'autres objets héréditaires sont mis au lot de la femme. Ces objets sont subrogés aux biens rapportés et deviennent dotaux jusqu'à concurrence de leur valeur. N'est-il pas certain, en effet, que la femme, en se constituant des biens sujets à rapport, a pensé au cas où d'autres valeurs héréditaires lui seraient données en place et qu'elle a voulu imprimer à ces valeurs nouvelles le même cachet de dotalité qui appartenait aux biens remis dans la masse?

La soulte payée à la femme en remplacement des biens par elle rapportés serait également subrogée à ces biens; et si c'étaient des immeubles, elle devrait être employée. Ne sommes-nous pas en présence d'une véritable vente forcée dont la soulte est le prix?

[1] MM. Aubry et Rau, IV, § 534, texte, note 39, p. 458. — Benech, *op. cit.*, n° 122, p. 277. — Caen, 19 mars 1839 (Dev. et Car., 39, II, p. 351).

Quand des biens rapportables ont été ainsi constitués en dot, ne pas admettre la subrogation, ce serait permettre à la femme de porter un préjudice souvent considérable à son mari, en ne renonçant pas comme elle devrait le faire, ou en refusant d'invoquer le bénéfice de l'article 859[1].

DEUXIÈME DIVISION.

De la subrogation générale.

Nous avons distingué, au début de cet ouvrage, deux espèces de subrogation réelle — celle qui, portant sur des qualités particulières et dans une certaine mesure accidentelles, ne peut se rencontrer jamais, si elle n'est écrite dans la loi; et, en regard, celle qui, dans toute universalité, se produit par la force même des choses. La première, nous l'avons étudiée sous le nom de subrogation *spéciale*, et nous avons vu que son domaine est assez vaste encore; mais combien l'horizon s'élargit quand on cherche à explorer le champ immense de la seconde espèce de subrogation, la subrogation *générale!* Ce n'est plus alors dans telle ou telle région de la science juridique que la discussion reste confinée, elle en embrasse toute l'étendue; et celui qui voudrait suivre cette subrogation partout où elle a un rôle à jouer se verrait obligé de présenter une théorie complète du droit civil envisagé à ce point de vue. Tel ne saurait être notre but : outre qu'il est difficile de saisir l'utilité d'une pareille étude, l'entreprendre serait au dessus de nos forces et peu en rapport avec le temps et l'espace dont nous disposons. Nous allons donc nous en tenir aux points principaux et restreindre notre examen aux questions où la subrogatian offre le plus d'intérêt.

Nos efforts tendront surtout à rechercher, par qui et contre qui la subrogation peut être invoquée? — dans quelle universalité elle se produit en tels cas donnés? — quels sont ses effets?

Quand le propriétaire d'une universalité (patrimoine, hérédité, troupeau, etc.) remplace l'une des choses qu'elle comprend par

[1] Cf. MM. Aubry et Rau, IV, § 534, texte, note 35, p. 457. — Troplong, IV, n° 3512, p. 619. — *Contrà*, Tessier, I, p. 270.

une autre qui soit propre à en faire partie, la subrogation générale s'opère ; mais toute personne pourra-t-elle s'en prévaloir et le propriétaire, à son tour, pourra-t-il l'opposer à chacun? Telle est notre première question, qui se présentera sous des formes assez multiples, mais se résoudra d'après des principes uniformes. Par la subrogation une chose nouvelle vient prendre dans l'universalité la place laissée vide par une autre qui en est sortie ; elle devient, comme l'était cette dernière, partie intégrante de l'universalité et même est censée l'avoir toujours été ; mais c'est là le seul effet de la subrogation *générale* et, dès lors, il est évident que le droit d'une personne a besoin d'être constitué sur toute l'universalité ou au moins sur une quote-part de celle-ci pour pouvoir se reporter sur la chose nouvelle. Un tiers n'a-t-il qu'un simple droit à tel bien déterminé faisant partie d'une universalité, il ne peut l'exercer sur la chose qui a été subrogée à ce bien. Au contraire, si l'universalité elle-même est soumise à son droit, celui-ci frappera l'objet subrogé tout comme il portait sur l'objet dont ce bien nouveau a pris la place. Et même on n'a pas besoin d'aller aussi loin : si le droit d'une personne n'atteint qu'une part divise de l'universalité la subrogation n'en pourra pas moins être invoquée par elle et lui être opposée, à condition seulement que cette part puisse être considérée elle-même comme un tout et que la subrogation s'y soit réellement opérée. La confusion possible entre la part divise et le reste de l'universalité ne doit jamais nous empêcher de retrouver les valeurs auxquelles la subrogation nous donne droit.

Il ne suffit pas de savoir que tout contrat onéreux engendre une subrogation réelle, il faut encore déterminer où cette subrogation se réalise ; c'est l'objet de notre seconde question. Elle ne se présentera guère si le propriétaire fait lui-même et en son nom l'acte qui donne naissance à la subrogation. Et encore, dans ce cas, elle peut surgir. Mais où elle apparaît surtout, c'est quand une acquisition a été faite par une personne avec les biens d'autrui, ou par le propriétaire au nom d'un tiers.

L'examen des deux questions qui viennent d'être indiquées nous conduira à nous demander quels sont les effets de la subrogation générale. Du reste, que l'on ne s'attende pas à voir examiner ces divers points isolément, l'un après l'autre ; dans une matière aussi vaste, un pareil ordre ne pouvait être suivi ;

il fallait trouver un cadre où l'on pût faire rentrer avec le plus de clarté et de méthode possible les principales difficultés auxquelles la subrogation générale donne lieu. Y avons-nous réussi? nous n'osons l'espérer.

CHAPITRE I

DU PATRIMOINE.

Le patrimoine d'une personne est, sans contredit, la plus importante des universalités. La subrogation, comme nous l'avons montré dans la première partie de ce travail, s'y rencontre sans cesse; elle est en quelque sorte de son essence. De plus, elle a effet vis-à-vis d'une classe nombreuse de personnes, les créanciers. Il va de soi qu'il ne peut être question pour nous de rechercher dans quels cas ces derniers sont admis à critiquer et à faire tomber les actes d'où la subrogation était sortie; nous voulons faire remarquer seulement que leur droit de gage passe d'une chose du patrimoine sur celle qui lui est subrogée et trouver là une application des principes que nous avons énoncés plus haut. N'est-ce pas en effet un droit de gage *général* que celui dont l'article 2093 frappe le patrimoine du débiteur? N'est-ce pas un droit *universel*, un droit portant sur l'universalité entière? Il est donc tout juste que les créanciers soient autorisés à se prévaloir de la subrogation.

On ne devrait pas voir une dérogation à ces mêmes principes dans la circonstance que le droit de préférence attaché à un privilége *spécial* sur des meubles ou à une hypothèque dont le droit de suite a été perdu se reporte sur le prix encore dû, qu'en cas de purge le prix est atteint par le même droit de préférence que l'avait été le bien formant l'assiette du privilége ou de l'hypothèque. — Quoi qu'il en paraisse, cette subrogation que l'on permet d'invoquer au créancier a sa base dans un droit universel. Comme tout autre créancier, le créancier privilégié ou hypothécaire a un gage général sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, seulement sur tel bien déterminé son droit de gage est doué d'une puissance plus grande que celui de ses cocréanciers; c'est comme un surcroît de forces. Si mainte-

nant ce bien est remplacé par son prix, on voit très-bien comment on a pu décider que le droit de gage transporté sur le prix par suite de la subrogation générale le serait avec son efficacité exceptionnelle, avec le droit de préférence qui s'y trouvait attaché.

§ 1. — Cas où le patrimoine est administré par son propriétaire capable.

Section I. — *Actes faits par le propriétaire lui-même.*

Les contrats onéreux valablement passés par un propriétaire capable entraînent la subrogation comme conséquence nécessaire, à moins qu'ils ne soient faits au nom d'un tiers, cas dont il sera parlé dans la section deuxième. Mais par quelles personnes cette subrogation peut-elle être invoquée? C'est de cela qu'il va être question.

A. Le droit du propriétaire est a l'abri de toute résolution.

Une personne ne peut pas plus, de son vivant, aliéner son patrimoine qu'elle ne peut aliéner sa personnalité juridique; mais rien ne l'empêche de disposer des biens qu'actuellement elle possède. C'est ainsi qu'elle pourra faire une donation de la totalité ou d'une quote-part de sa fortune présente, ou de telle espèce seulement de ses biens, de ses meubles ou de ses immeubles. Le donataire, en pareil cas, ne devient (à mon avis du moins) ni un successeur universel ni un successeur à titre universel; mais cela n'empêche pas que, d'après l'intention même du disposant, il ne doive recueillir une universalité, et, dès lors, nous lui permettrons de profiter de la subrogation produite dans l'intervalle entre l'acte de donation et la notification de l'acte d'acceptation. La condition, en effet, à laquelle il faut uniquement s'attacher, c'est qu'il puisse prétendre à une universalité telle qu'elle se trouve constituée au moment de l'exercice de son droit[1].

[1] Ce sont, en définitive, deux choses fort distinctes que succéder *per modum universitatis* et succéder à une universalité. La première espèce de succession embrasse nécessairement la totalité ou une quote-part du

Il va de soi que cette condition est remplie en cas de succession à titre universel ; par suite, toute subrogation qui s'est opérée dans le patrimoine jusqu'au moment du décès profite et peut être opposée au successeur universel, légataire ou héritier.

On voit, à présent, dans quel sens il faut entendre les mots *droit universel, droit à une universalité*, dont précédemment nous nous sommes servi. Ils voulaient dire que la subrogation peut être invoquée par toute personne, mais par celle-là seule aussi qui ou bien succède *per universitatem* (et dans ce cas c'est de toute subrogation produite dans le patrimoine qu'il s'agit), ou succède à une universalité, ou bien enfin peut prétendre un droit de gage ou de jouissance sur l'ensemble ou une quote-part de l'universalité; aux deux derniers cas, notre subrogation se restreint naturellement dans des limites plus étroites qu'au premier.

En somme, il ne peut guère se présenter de difficulté quand c'est du propriétaire lui-même qu'émane le droit sur le patrimoine ou partie de celui-ci ; mais une grave question surgit en cas de *retour légal*, cas où l'on a cru trouver dans la loi ce qu'il fallait pour que l'ascendant donateur pût se prévaloir d'une subrogation réelle. Cette question, le moment est venu de l'examiner.

Retour légal de l'ascendant donateur. — L'ascendant donateur doit, en vertu de l'article 747, succéder aux biens par lui donnés qui se retrouvent dans la succession du donataire mort sans enfants. Si ces biens n'ont été l'objet d'aucune disposition de la part du donataire, le droit de l'ascendant s'exerce sans obstacle; mais s'ils ont été aliénés et remplacés par d'autres valeurs, le donateur pourra-t-il reprendre ces dernières en prétendant qu'elles se trouvent *subrogées* aux biens donnés? Un parti considérable dans la doctrine le soutient, et voici comment il raisonne[1] : — L'ascendant donateur est un successeur *à titre uni-*

patrimoine, la seconde peut s'appliquer à des biens déterminés de ce patrimoine pourvu qu'ils constituent une universalité. Donc chaque successeur à titre universel (ce mot pris dans l'acception, seule véritable en théorie, que je viens de préciser) succède à une universalité, mais tout individu qui succède à une universalité n'est pas un successeur à titre universel.

[1] MM. Aubry et Rau, V, § 608, p. 125 et suiv. — Chabot de l'Allier,

versel, car, de l'aveu de tous, il est tenu de contribuer au payement des dettes. Les biens donnés constituent donc une universalité juridique à laquelle s'applique la règle : *In judiciis universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*; d'où la conséquence que le retour légal porte sur les choses subrogées aux biens donnés comme il aurait porté sur ces biens eux-mêmes.

Cette argumentation, comme il est facile de s'en convaincre, repose sur une pétition de principes. — Tout successeur à titre universel se trouvant appelé à une universalité peut, à la vérité, invoquer la subrogation, mais cela n'est point vrai indistinctement; il faut rechercher à quel moment l'universalité se trouve constituée, et à partir de ce moment seulement il peut être question de subrogation opérée à son profit. Voilà ce qu'on a perdu de vue et voilà pourquoi on a fait une pétition de principes. Certes, si l'on devait entendre toujours par *succession à titre universel* la succession à l'universalité ou à une quote-part de *l'universalité du patrimoine*, on aurait raison de dire que le successeur à titre universel profitera toujours de la subrogation accomplie du vivant de son auteur. Mais notre Code n'a-t-il pas détourné cette expression de son sens primitif et seul véritable? N'a-t-il pas appelé *successeur à titre universel*, n'a-t-il pas fait contribuer aux dettes le légataire de tous les meubles ou de tous les immeubles? Eh bien! où trouvera-t-on une subrogation qui s'opère au profit de ce successeur à titre universel avant l'ouverture de la succession? Ne faut-il pas, pour qu'une personne puisse invoquer la subrogation générale, qu'elle succède à une universalité dans laquelle cette subrogation se soit produite? Or les meubles ne constituent pas d'universalité du vivant du testateur, ils n'en constitueront une qu'à sa mort; si donc la loi a cru devoir, au point de vue de la contribution aux dettes, traiter le légataire de tous les meubles comme un

Comm. sur les successions, art. 747, n° 22, I, p. 311 et suiv. — Massé, *Le parfait notaire*, III, p. 54. — Duranton, VI, n° 233. — Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° RETOUR LÉGAL, n°s 37 et suiv. — Poujol, *Traité des successions*, n°s 20 et suiv., sur art. 747, p. 228 et suiv.— Malpel, n° 135. — *Contrà*, MM. Demolombe, *Traité des successions*, I, n°s 519 et suiv., p. 585 et suiv. — Belost Jolimont sur Chabot, art. 747, *Observ.*, 10 et suiv., I, p. 337.

véritable successeur à titre universel, c'est uniquement parce qu'il recueille une fraction du patrimoine, assimilable dans une certaine mesure à une partie aliquote. — D'après cela, l'ascendant donateur peut avoir un titre universel — ou bien parce qu'à l'instant même de la donation les choses données forment une universalité qu'il sera appelé à recueillir à la mort du donataire mourant sans postérité,— ou, au contraire, parce qu'au moment où il prend dans la succession de ce dernier les biens donnés qui s'y retrouvent en nature, ces biens sont censés constituer une universalité distincte de l'hérédité ordinaire. Lequel de ces deux fondements faut-il assigner au titre universel de l'ascendant donateur? Tout dépend de la solution de cette question. Les biens donnés composent-ils une universalité du vivant du donataire, la subrogation peut se produire dès là au regard de l'ascendant; au contraire, l'universalité n'est-elle constituée qu'à l'ouverture de la succession, au moyen des choses données qui existent encore en nature, ce n'est qu'une subrogation postérieure au décès du donataire que l'ascendant peut être en droit d'invoquer. Eh bien! cette question si capitale, le raisonnement que nous combattons la suppose résolue, et résolue dans le premier sens, puisque, sans preuve d'aucune sorte, on admet que le titre universel de l'ascendant lui permet de se prévaloir de la subrogation opérée du vivant du donataire! Mais il aurait fallu prouver tout d'abord l'existence, à ce moment, d'une universalité de biens donnés, prouver que les divers objets individuels qui sont répandus dans tout le patrimoine du donataire doivent être considérés comme une universalité à part, à laquelle l'ascendant a droit! Et cette preuve, on ne la fournit pas; tandis que nous, au contraire, nous démontrerons que l'universalité ne prend naissance qu'au décès du donataire et qu'elle ne se compose par suite que des biens donnés dans leur identique individualité. Cette démonstration, nous la trouverons dans la loi elle-même, qui, nous allons le voir, restreint le droit de retour aux choses données existant en nature.

Avant le Code, rien n'était moins défini que les droits de l'ascendant sur les biens donnés.

La jurisprudence de la plupart des pays de droit écrit lui reconnaissait non un *droit de succession*, mais un *droit de rever-*

sion emportant résolution des droits qui avaient appartenu au donataire. On ne peut guère citer que les parlements de Paris et de Dijon comme s'étant écartés de cette jurisprudence[1], et encore paraît-il que le premier l'a fait postérieurement à 1584[2]. — Or, de cette nature du droit de retour, il résultait : 1° que toutes les aliénations, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit[3], consenties par le donataire étaient résolues par l'exercice de ce droit; 2° que les biens revenaient à l'ascendant francs et quittes de toutes charges et hypothèques (ainsi le donateur n'était pas tenu d'une part contributoire dans les dettes)[4]. — Dans un pareil état de choses, il ne pouvait évidemment être parlé de subrogation réelle : les biens donnés étaient toujours repris en nature.

Quant aux coutumes, elles admettaient presque toutes le retour des biens donnés[5], il suffira de mentionner la coutume de Paris (art. 313), la coutume d'Orléans (art. 315), celle de Nivernais (art. 9, chap. XXVII), etc. Mais ce n'était plus un droit de *réversion*, c'était un véritable *droit successoral* que l'on reconnaissait au donateur. Renusson est vivement repris par Pothier[6] pour avoir dit que l'ascendant recueille les choses données plutôt *jure reversionis quam jure hereditario*[7]. — On devait donc arriver à des solutions toutes différentes de celles admises dans les pays de droit écrit et 1° maintenir les aliénations faites par le

[1] Ricard, *Des donations*, part. III, chap. VII, sect. IV. — Bretonnier sur Henrys, t. I, liv. VI, chap. V, quest. 13. — Pothier, *Des donations entre-vifs*, sect. III, art. 4, *in fine*.

[2] Chopin sur Anjou, liv. III, tit. III, n° 11.

[3] Le parlement d'Aix n'allait pas aussi loin (Bretonnier, *loc. cit.*).

[4] Parlement de Toulouse (Maynard, liv. II, chap. XCII; liv. VI, chap. LX). — Parlement de Bordeaux (Bechet, *Du droit de réversion*, chap. IV, n° 8). — Parlement de Grenoble (Chorier, *Jurisprudence de Guy Pape*, p. 226). — Cf. Henrys, t. I, liv. VI, chap. V, quest. 13, p. 923-925; t. II, liv. V, quest. 60, p. 687 688. — Furgole, *Sur l'ordonnance de* 1731, quest. 42. — Charondas, *Reponses*, liv. VII, chap. CXIV.

[5] Il avait même été jugé par un arrêt du parlement de Paris (29 avril 1606) et par deux autres du parlement de Bordeaux (12 mai 1634, 12 août 1727) que la succession de l'ascendant donateur était de *droit commun coutumier*, — Voir cependant *Cout. de Normandie*, art. 241. *Cout. d'Anjou*, art. 268 et 270; *Cout. du Maine*, art. 286 et 288; *Cout. de Mantes*, art. 169-170.

[6] Pothier, *Traité des propres*, sect. I, art. 2.

[7] Renusson, *Des propres*, chap. I, sect. V, p. 7.

donataire; 2° laisser subsister sur les biens donnés les charges et hypothèques dont il les avait grevés[1].

Voyons à présent, car c'est là ce qui nous intéresse surtout, quels biens pouvaient faire l'objet du retour légal. Les termes ambigus de la plupart des coutumes avaient jeté sur ce point la division entre les auteurs[2].— Les jurisconsultes les plus éminents, en tête Pothier, Lebrun, Duplessis, faisaient ce raisonnement[3]. Après avoir posé le principe : *Propres ne remontent*, les coutumes de Paris et d'Orléans ajoutent dans un article suivant : « Toutefois succèdent (les ascendants) aux choses par eux données à leurs enfants. » Il semble qu'il faille conclure de là que le droit de retour est une exception à la règle : *Propre héritage ne remonte*. Il n'en est rien pourtant. Cette règle n'exclut les ascendants que de la succession des propres qui proviennent d'un autre côté ; or ici il s'agit d'un bien donné par celui-là même qui prétend le reprendre. Si donc l'ascendant donateur succède, c'est en vertu des principes ordinaires de succession aux propres; et dès lors les seules choses sur lesquelles son droit puisse porter se trouvent être : 1° les immeubles; 2° les *propres conventionnels*, qui ont été expressément stipulés propres *aux siens de son côté et ligne;* 3° les *propres fictifs de subrogation*, c'est-à-dire l'immeuble acquis en contre-échange, l'immeuble acquis en emploi de deniers stipulés pro-

[1] Cf. Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n° 67, p. 77. — Voir cependant *Coutume de Bayonne* et *Coutume de Berry* (tit. XIX, art. 5).

[2] Des coutumes, les unes emploient les mots *choses données* (voir notamment Paris (art. 313). — Orleans (315), les autres ceux de *biens donnés* (Bourbonnais, Franche-Comté, etc.). — L'expression d'*héritage* se rencontre dans les coutumes de Berry, Valenciennes, Nivernais, etc.; celle d'*immeubles et propres fictifs* dans les coutumes de Châlons, Auxerre, Melun, etc. — Enfin la coutume de Bayonne, et c'est la seule, s'occupe expressément des *meubles donnés* : « La somme et autres biens baillés, dit-elle, retournent au donateur ou à ses héritiers. »

[3] Pothier, *Traité des successions*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2.—Lebrun, *Des successions*, liv. I, chap. v, sect. II, n° 49, p. 74.— Duplessis, *Commentaire sur la coutume de Paris*, sur art. 313. — *Adde* : Bacquet, *Traité des droits de justice*, chap. XXI, n° 309. — Le Maistre sur Paris, art. 313, p. 497. — Lalande sur Orléans, art. 315. — Arrêt du 13 avril 1627 (Brodeau sur Louet, I, *Lettre D.*, som. 66).—Cf. Arrêtés de Lamoignon, tit. XLI, arr. 40, p. 270 (édit. 1777). Chn., n°s 332 et 333, *Inst. cout.* de Loisel (édit. Dupin et Laboulaye, I, p. 335 et 339).

pres, etc. — Telle est en résumé l'opinion qui jouissait du plus de crédit dans l'ancien droit; mais, qu'on y prenne garde, si elle admettait la subrogation, ce n'était pas la *subrogation générale*, celle qu'on traduit ordinairement par la règle : « In judi- « ciis universalibus res succedit in locum pretii, pretium in « locum rei, » mais bien la *subrogation spéciale* dans la qualité de propre, ce qui est tout autre chose, comme on sait.— D'autres auteurs[1], partant d'un principe différent, voulaient que l'ascendant pût exercer son droit sur toutes les valeurs, soit mobilières, soit immobilières, qu'il avait mises dans le patrimoine du donataire ou qui avaient pris la place des biens donnés.— Ici, il faut le reconnaître, on a affaire à des partisans d'une subrogation qui produit les effets de la *subrogation générale*. — Mais un système mitoyen avait pris naissance : quant aux immeubles, il admettait les principes de Pothier; quant aux meubles, il autorisait leur retour s'ils *se trouvaient en nature* lors du décès du donataire[2]. Or cette expression *biens en nature* avait un sens bien nettement défini dans l'ancien droit. En veut-on une preuve? il suffira de citer l'explication que Pothier en donne à l'occasion de la substitution universelle de *tout ce qui restera en nature* des biens de la succession. « Cette substitution, dit-il, est restreinte aux seuls effets que le grevé se trouvera avoir en nature lors de l'ouverture de la substitution, c'est-à-dire aux seuls effets qui sont *précisément les mêmes* qui ont été laissés par le défunt et qu'il a conservés jusqu'à l'ouverture de la substitution[3]. » Mais nous n'avons pas besoin d'aller aussi loin. Voici ce que dit Ferrière sur notre question même : « Lorsque les meubles *se trouvent en nature*, le retour peut avoir lieu, parce que les raisons pour lesquelles nous avons reçu ce droit dans nos coutumes ont lieu, que les choses données existent et

[1] Renusson, *Des propres*, chap. II, sect. XIX, n° 20, p. 113; n°s 37-38, p. 116-117. — Bretonnier sur Henrys, I, liv. VI, chap. V, quest. 13.

[2] Ferrière, *Corps et compilation sur la coutume de Paris*, art. 313, glose 1, § 2, n° 4, t. IV, p. 605. — Voir aussi Lebrun, liv. I, chap. V, sect. II, n° 48, p. 74, qui mentionne cette opinion comme ayant cours au palais. — Arrêt du 25 février (d'après Lebrun, janvier d'après Le Prêtre) rapporté par Brodeau sur Loüet, *Lettre D.*, som. 66, et Le Prêtre, cent. II, chap. XVIII, n° 16.

[3] Pothier, *Des substitutions*, sect. IV, art. 2, § 3.

peuvent se reprendre *dans l'état qu'elles étaient au temps de la donation.* » Pouvait-on indiquer plus clairement que le droit de retour n'atteignait jamais les choses données que dans leur identique individualité?

Toute distinction des biens en *propres* et *acquêts* ayant été supprimée par eux, les rédacteurs du Code ne pouvaient plus songer à la théorie émise par Pothier. Restaient les deux autres systèmes. Admettrait-on avec Renusson que toute valeur qui représente un bien donné retournera au donateur? — l'allait-il décider, au contraire, avec l'opinion qui se rapprochait le plus de celle de Pothier, que l'exercice du droit de retour serait subordonné à la condition que l'objet de la libéralité existerait encore en nature, principe qu'il n'y avait plus de raison de restreindre aux choses mobilières, les immeubles ne pouvant plus être traités comme des propres? — Il ne me paraît pas douteux que c'est à ce dernier système que le législateur moderne a donné la préférence. Qu'on se réfère à la disposition qu'il consacre au retour légal: « Les ascendants, est-il dit dans l'article 747, succèdent à l'exclusion de tous autres aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants... lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. » — *Se retrouvent en nature dans la succession!* Mais ce sont les propres termes de Ferrière, termes qui, d'après la signification précise qui y avait été attachée, sont exclusifs de toute subrogation! En les employant, les rédacteurs du Code n'ont-ils pas montré aussi clairement que possible qu'ils repoussaient le système de Renusson pour s'en tenir au principe de l'opinion rivale, au principe d'après lequel l'ascendant ne peut obtenir que la chose donnée seule, identiquement la *même*, *in specie*? Ce choix n'a du reste rien qui doive nous étonner; bien plus, si l'on va au fond des choses, on reconnaît que c'était le seul possible. Sait-on, en effet, sous l'influence de quelles idées le droit de retour avait été étendu par certains auteurs aux objets subrogés à ceux donnés? Ce n'était nullement que les partisans de cette opinion regardassent les biens composant la libéralité comme une universalité où la subrogation devait se produire, mais c'est qu'ils auraient voulu transporter dans les coutumes le système de *réversion* en vigueur dans les pays de droit écrit. Eussent-ils décidé sans cela que l'ascendant doit, dans tous les cas, obtenir

le montant de la donation, pourvu qu'il y ait dans la succession des biens suffisants pour l'en couvrir? — Quels étaient aussi les partisans de ce système? Renusson, qui prétendait, nous l'avons vu, que l'ascendant jouit du droit de retour plutôt comme d'un *jus reversionis* que d'un *jus hæreditarium*; — Bretonnier, qui n'avait pas approuvé la jurisprudence nouvelle du parlement de Paris, qui aurait voulu faire tomber toutes les aliénations consenties par le donataire, qui appelait *sacriléges* celles faites à titre gratuit, et se refusait à les maintenir ainsi que toutes autres préjudiciables à l'ascendant[1]! — Or ces idées, le Code les a repoussées; ce n'est pas un droit de réversion, ce n'est même rien d'approchant qu'il a voulu accorder à l'ascendant donateur; c'est un droit de succession, un droit par suite qui doit être régi non point par des principes empruntés aux pays de droit écrit, mais par ceux que les coutumes et la plupart des interprètes avaient maintenus religieusement. Il ne restait donc aux rédacteurs qu'un seul parti à prendre, s'ils ne voulaient créer un système tout nouveau, c'était d'adopter l'opinion mitoyenne, en étendant aux immeubles ce qu'elle avait décidé pour les meubles, d'exclure la subrogation, d'appeler l'ascendant à la succession des biens donnés qui se retrouvent en nature; les expressions dont ils se sont servis dans l'article 747 montrent que c'est là ce qu'ils ont fait.

D'après les résultats auxquels l'étude de l'ancien droit vient de nous conduire, on voit que le raisonnement de ceux (et ils sont nombreux) qui aujourd'hui permettent à l'ascendant de se prévaloir de la subrogation ne peut se maintenir. Comme nous l'avons dit, pour que ce raisonnement pût être exact, il faudrait prouver qu'aux yeux de la loi les biens donnés forment une universalité du vivant du donataire; dans cette universalité, la subrogation s'opérerait. Or précisément ne vient-on pas de montrer que l'ascendant n'est admis à succéder qu'aux biens donnés qui *se retrouvent en nature?* Ces biens doivent donc conserver leur individualité, leur existence propre; ils ne constituent pas d'universalité; le retour légal ne peut s'exercer que sur eux-mêmes et non sur les valeurs qui ont pu prendre leur place

[1] Bretonnier sur Henrys, t. I, liv. VI, chap. v, quest. 13. — Cf. Arnaud de La Rouvière, *Du droit de retour*, t. II, liv. III, chap. VIII.

dans le patrimoine du donataire. Peu importe dès lors que l'ascendant soit traité comme un successeur à titre universel ; cela peut seulement signifier que si des biens donnés se retrouvent en nature lors de l'ouverture de la succession, la loi les regarde comme une quote-part de l'hérédité, une hérédité spéciale dans l'hérédité ordinaire ; il n'en suit pas que la subrogation antérieure à la mort du gratifié puisse être invoquée par le donateur. — Cela ne résulte pas davantage du deuxième alinéa de l'article 747. Ah ! sans doute, on pourrait entendre cet alinéa comme s'occupant de la subrogation, si celle-ci découlait des principes, s'il était établi que les biens donnés forment une universalité distincte dans le patrimoine du donataire vivant ; mais quand nous venons de voir que de pareilles propositions sont condamnées par la première partie de l'article 747 (surtout si on la rapproche de l'ancien droit), est-il possible de croire qu'incidemment, par des solutions données pour des cas spéciaux[1], le législateur ait voulu établir une subrogation qui n'est fondée sur rien et qui est repoussée de la manière la plus formelle par un alinéa précédent ? C'est d'autant plus inadmissible qu'on n'a pas besoin de recourir à la subrogation pour expliquer l'alinéa 2 de l'article 747, et que dans notre système les deux dispositions de cet article se concilient très-simplement. Les actes de disposition font obstacle à l'exercice du retour légal : telle est la règle. Mais il est des cas où, l'aliénation n'étant pas définitive, les biens donnés peuvent être regardés, dans une certaine mesure, comme existant encore en nature. Voilà pourquoi la deuxième partie de l'article 747 permet à l'ascendant de succéder au prix encore dû et aux actions en reprise. De cette façon tout se lie dans notre opinion, et tout argument échappe à l'opinion contraire.

Je ne m'arrêterai pas à faire ressortir les avantages du système que je crois être celui de la loi. Notons pourtant qu'il

[1] Pourquoi va-t-on chercher le cas assez rare où le prix n'est pas payé encore et les hypothèses où il y a lieu à des actions en reprise ? Pourquoi ne parle-t-on pas plutôt du cas d'échange, cas très-simple et qui devait venir plus que tout autre à l'esprit du législateur, s'il avait voulu établir la subrogation, puisqu'il est le mode par excellence de la produire ? Tout cela, difficile à justifier dans le système que nous combattons, s'explique fort bien dans le nôtre.

coupe court aux difficultés qui s'élèvent quand on veut déterminer le bien qui a été subrogé à une valeur donnée, ou qu'on se demande s'il s'est produit une confusion de nature à mettre obstacle à l'exercice du retour légal; difficultés sérieuses et réelles, les controverses qui divisent nos adversaires le prouvent assez. Une remarque encore : l'objet acquis en place d'une chose donnée est souvent d'une valeur plus grande que cette chose ne l'était; en d'autres termes, l'acquisition ou l'aliénation est souvent avantageuse. Est-il juste, en pareil cas, d'attribuer à l'ascendant donateur ces profits auxquels les héritiers légitimes du gratifié semblent en droit de prétendre?

Il ne reste plus qu'à indiquer rapidement les différences de solution auxquelles on arrive suivant qu'on permet ou non à l'ascendant de se prévaloir de la subrogation.

Prenons d'abord le cas où, une *somme d'argent* ayant été donnée, il se trouve du numéraire dans la succession. Pour nous, il ne peut y avoir d'hésitation : le droit de retour ne s'exercera que si l'argent donné lui-même existe encore avec un bordereau indicatif de son origine. Mais nos adversaires sont loin de s'entendre sur la solution à admettre.

1° Suivant les uns[1], il suffit qu'il y ait dans la succession du numéraire en quantité voulue pour que l'ascendant doive être rempli de son droit, s'il n'est prouvé que le donataire avait disposé de l'argent par lui reçu.

Ils se fondent principalement sur la *fongibilité* de l'argent. « Les restitutions de choses fongibles, disent-ils, se faisant *in genere*, dès qu'une certaine quantité d'argent se retrouve, la somme donnée est censée exister en nature jusqu'à concurrence de cette quantité. » Oui, mais une chose qui se consomme *primo usu* n'est pas pour cela fongible : fongible, elle ne peut le devenir que par la convention des parties ou la disposition de la loi, — ici la loi. Or, loin d'établir cette fongibilité, le législateur exige que la chose donnée soit *identiquement* la même pour que l'ascendant puisse la reprendre.

Voyez aussi où ce système aboutit, au cas de vente d'un bien donné. Si une somme d'argent équivalente au prix payé se

[1] Chabot sur 747, n° 22. — Malpel, n° 135. — Vazeille, *Des successions*, sur 747, n° 26. — Grenier, *Des donations*, II, n° 598.

trouve dans la succession, elle représentera ce prix, et, par l'effet de la subrogation, le bien vendu; mais alors pourquoi l'article 747, al. 2, a-t-il limité le droit de retour au prix encore dû?

2° Les autres partisans de la subrogation[1] admettent l'ascendant à exercer son droit sur le numéraire compris dans l'hérédité, chaque fois qu'il est constant que ce numéraire provient de la donation. Ainsi il n'est pas nécessaire, d'après ces auteurs, que l'argent donné se retrouve *in specie;* il peut être représenté par d'autres deniers, pourvu que leur origine soit certaine.

La même objection peut être faite à ce système qu'au précédent : quand des immeubles donnés ont été vendus et que le prix en provenant ne s'est pas confondu dans le patrimoine du donataire, le droit de retour devrait s'exercer sur ce prix, et cependant la loi déclare que le prix encore dû peut seul être repris.

Une somme d'argent a-t-elle été *employée*, *remploi* a-t-il été fait de meubles ou d'immeubles donnés, l'ascendant, d'après l'opinion la plus accréditée, succède au bien acquis, soit en emploi, soit en remploi : un argument d'analogie tiré des articles 1434, 1435 et 132 doit corroborer cette solution. — Mais, si les choses données constituent une universalité du vivant du donataire, pourquoi parler des articles 1434 et 1435, lesquels se réfèrent à un cas de *subrogation spéciale?* Si elles n'en constituent pas, à quoi peuvent servir ces articles, qui n'ont rien de commun avec le retour légal? à quoi peut servir aussi l'article 132, qui prévoit le cas où une personne a droit à une universalité?

L'échange, pas plus que le remploi, ne peut, suivant nous, faire porter le droit de retour sur les choses acquises en place des biens donnés[2]. Le droit d'une personne n'est transporté de l'objet échangé sur l'objet acquis en échange qu'au seul cas où

[1] MM. Aubry et Rau, V, § 608, p. 126, texte, note 32. — Duranton, VI, nos 234-238. — Taulier, III, p. 361.

[2] *Dans notre sens :* MM. Demolombe, *Des successions,* I, n° 541, p. 606 et suiv. — Marcadé sur 747, n° 5. — Demante, III, n° 58 *bis,* I. — *Contrà,* Chabot sur 747, n° 22. — Poujol sur 747, n° 21, p. 230. — Vazeille sur 747, n° 26. — Aubry et Rau, V, § 608, p. 129.

il embrasse l'universalité dans laquelle l'un et l'autre sont compris [1].

L'article 747, al. 2, permet à l'ascendant d'exercer les diverses actions en reprise qui appartenaient au donataire à raison des biens donnés : actions en résolution de la vente, actions en nullité, actions en rescision pour lésion, actions en reprise du donataire marié. Ces dernières sont de deux espèces : ou bien elles tendent à des choses dont le donataire n'a pas perdu la propriété, ou bien elles sont intentées à titre de créancier, soit contre la communauté, soit contre le mari dotal :

Au premier cas, tout se passe sans difficulté si les biens donnés, exclus de la communauté ou frappés de dotalité, se retrouvent *in specie*. Leur qualité de biens *propres* ou *dotaux* ne les empêche pas d'exister *en nature*, et l'action en reprise n'est pour l'ascendant qu'un moyen d'exercer son droit de retour. Mais si ces biens se trouvent remplacés par d'autres, lesquels leur ont été subrogés en vertu des articles 1407, 1434, 1435, 1553, 1558, etc., l'on décide généralement que l'action en reprise n'en appartiendra pas moins à l'ascendant donateur, tandis que dans notre système cette solution est inadmissible. De ce que certains biens ont, par l'effet d'une *subrogation spéciale*, remplacé des choses données dans leur qualité de biens *propres* ou *dotaux*, il ne suit pas que l'ascendant puisse les reprendre comme s'ils avaient reçu du même coup le caractère de *biens donnés*. Il faudrait pour cela une autre subrogation, et celle-ci est repoussée par l'article 747 al. 1. C'est ainsi que, dans l'ancien droit, des immeubles pouvaient, par l'effet de la subrogation, devenir propres de communauté, sans devenir propres de succession pour cela.

Au second cas, c'est-à-dire quand l'action en reprise est intentée à titre de créancier, le système de la subrogation n'hé-

[1] On a prétendu qu'en admettant l'ascendant donateur à succéder au prix encore dû, le Code lui permettait *à fortiori* de reprendre l'immeuble acquis en échange d'un bien donné : dans l'ancien droit, en effet, l'héritier aux propres succédait à l'immeuble reçu en échange d'un propre aliéné et non au prix encore dû. — (Massé, *Le parfait notaire*, III, p. 54 et suiv.) La réponse est facile. Sait-on pourquoi le prix encore dû n'était pas réputé *propre?* C'est que les immeubles seuls étaient susceptibles de cette qualité. **Par là tombe toute l'argumentation.**

site encore pas à l'accorder à l'ascendant, au lieu qu'une distinction nous paraît nécessaire. Est-ce postérieurement à la donation que les biens donnés sont devenus (à charge de reprise) propriété de la communauté ou du mari dotal, nous dénions l'action en reprise au donateur ; pour qu'il pût l'avoir, il faudrait qu'elle eût été subrogée aux biens donnés ; ce qui n'est pas. Mais si cette action elle-même a fait l'objet de la libéralité, si, par exemple, la donation, faite dans le contrat de mariage, a consisté en biens qui devaient tomber infailliblement dans la communauté, rien ne s'oppose à ce que l'ascendant exerce l'action en reprise : il recueille de la sorte ce qu'il avait mis dans le patrimoine du gratifié.

B. LE DROIT DU PROPRIÉTAIRE EST RÉSOLUBLE, MAIS POUR L'AVENIR SEULEMENT.

Envoi en possession définitif des biens d'un absent. — L'envoyé en possession définitif est propriétaire des biens de l'absent, il peut en disposer même à titre gratuit ; mais ces biens constituent dans son patrimoine une universalité que l'absent, s'il reparaît, peut reprendre dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire transformée par les contrats à titre onéreux que l'envoyé en possession a passés avec des tiers : l'article 132 le décide en termes exprès. Toutefois, comme il y a là en présence deux universalités distinctes, celle formée des biens de l'absent et celle que compose le reste du patrimoine de l'envoyé en possession, il peut être délicat de préciser dans laquelle des deux la subrogation s'est produite : l'envoyé n'a-t-il pas pu, en faisant servir les biens de l'absent à certaines acquisitions, commencer par les mettre définitivement dans son patrimoine, pour leur subroger, à son profit, les choses acquises? Examinons donc dans quels cas il s'opérera une subrogation au regard de l'absent.

I. *Vente d'un bien de l'absent.* — Le prix de la vente d'un bien de l'absent est toujours subrogé au bien vendu ; l'envoyé en possession en est tenu vis-à-vis de l'absent qui reparaît. Si pourtant ce prix ne se retrouve pas, s'il a été détruit par cas fortuit, perdu dans un naufrage financier, ou même dissipé par l'envoyé en possession, tant pis pour l'absent, il ne peut rien prétendre

de ce chef. En vain s'est-on prévalu en sens contraire de ces expressions de l'article 132 : « L'absent recouvrera le prix de ses biens qui auraient été aliénés[1]. » Par la subrogation le prix est devenu un bien de l'absent, et celui-ci, ne pouvant reprendre ses biens que dans l'état où ils se trouvent lors de son retour, ne peut rien demander à l'envoyé en possession, si aucune valeur provenant de la vente n'existe plus dans ses mains. Comprendrait-on d'ailleurs que cet envoyé fût responsable de la perte de deniers quand il ne l'est pas de celle de l'immeuble que ces deniers représentent? Comprendrait-on qu'il ne pût disposer du prix quand les aliénations à titre gratuit de tous biens de l'absent lui sont permises[2]? — Il faut remarquer seulement qu'on devra le présumer en possession du prix, jusqu'à ce qu'il établisse quand et comment il l'a perdu. S'il ne fait pas cette preuve, il sera traité comme un débiteur ordinaire, il sera tenu envers l'absent de la somme qu'il avait touchée pour son compte[3].

II. *Emploi des deniers, échange d'un bien de l'absent.* — Quand une acquisition a été faite par l'envoyé en possession, soit en emploi de deniers, soit en échange d'un bien meuble ou immeuble de l'absent, la seule question qu'il faille se poser est celle-ci : Pour le compte de qui la chose nouvelle a-t-elle été acquise? Est-ce pour celui de l'absent, il pourra la réclamer à son retour, en invoquant la subrogation qui se sera produite. Mais si c'est pour le compte de l'envoyé en possession, celui-ci l'a fait entrer définitivement dans son patrimoine, et il ne sera redevable envers l'absent que du prix qu'il a payé.

Prenons le cas de *remploi*, puisqu'il se trouve mentionné dans

[1] MM. Valette sur Proudhon, I, p. 329, note *b*. — Plasman, *Code des absents*, I, p. 236 et suiv.

[2] M. Demolombe, *Traité de l'absence*, n° 171, p. 217-219. — Cf. Duranton, I, n° 509.

[3] Pothier montre fort clairement que cette preuve doit être mise à la charge du possesseur de bonne foi de l'hérédité (*Traité du droit de propriété*, II[e] partie, n° 429). — Les mêmes principes sont applicables à l'envoyé en possession définitif. — Il est peut-être curieux de noter que le Code prussien consacre la même règle chaque fois qu'une restitution doit être faite par une personne capable. Il porte : « Ce qu'une personne *capable* a reçu en argent ou en valeur d'argent est regardé, sans qu'il soit besoin d'autre preuve, comme emploi utile à son profit. » (*Code prussien*, I[re] partie, tit. XIII, sect. III, art. 265).

l'article 132. M. Duranton[1] croit voir dans les derniers termes de cet article une alternative établie en faveur de l'envoyé en possession. L'envoyé définitif, suivant lui, aurait le droit ou bien de rendre le prix de la chose aliénée, ou bien d'offrir le bien qu'il a acheté en place. On présumerait ainsi que l'acquisition a toujours lieu au nom de l'envoyé, sauf à lui permettre de se libérer par la restitution de la chose acquise, si elle a perdu de sa valeur. — Cette présomption pourtant est inadmissible quand une déclaration de remploi a accompagné l'achat : l'envoyé en possession n'a-t-il pas clairement montré alors qu'il n'agissait que pour le compte de l'absent[2] ? D'un autre côté, comment l'envoyé en possession aurait-il le choix dont parle M. Duranton, quand il a déclaré, soit en termes exprès, soit tacitement, qu'il entend prendre pour lui l'acquisition faite des deniers de l'absent ? Dans ce cas donc, j'estime qu'il devrait toujours le prix, comme il devrait toujours la chose acquise au cas d'achat avec déclaration d'emploi.

Voici quelles sont, suivant moi, les diverses solutions qu'il faut donner en cette matière :

1° Si lors de l'acquisition l'envoyé a déclaré formellement agir au nom de l'absent, point de doute : la subrogation se produit dans le patrimoine de ce dernier ;

2° Si l'acquisition est faite au nom de l'envoyé en possession, mais sans qu'il ait manifesté l'intention de la prendre à son compte, je crois encore qu'il s'opérera une subrogation au profit de l'absent. Certes, il y a là une dérogation aux principes ordinairement reçus, à la règle dont nous parlerons bientôt et suivant laquelle une chose est acquise à celui au nom duquel l'achat a eu lieu. Mais, qu'on veuille bien le remarquer, nous avons affaire à une personne qui, tout en étant propriétaire, est aussi, à certains égards, administrateur *cum liberrima potestate* ; en tout cas, l'article 132 se réfère également à l'envoi provisoire qui ne fait qu'un administrateur de celui auquel il est accordé. Eh bien, j'en conclus que cet article 132 a pu vouloir traiter les acquisitions faites avec les fonds de l'absent comme celles d'un mandataire agissant au nom de ce dernier. Sans doute

[1] M. Duranton, I, n° 509.

[2] Ce même motif, pour le remarquer en passant, doit faire profiter l'absent des résultats d'un échange consenti par l'envoyé en possession.

un mandataire ordinaire ne fait pas naître une subrogation immédiate dans le patrimoine de son mandant, quand il achète en son propre nom. (Et rien de plus naturel, rien de plus juste!) Mais l'envoyé en possession est dans une situation tout autre : l'absent est loin, il s'efface derrière sa personne, à lui envoyé en possession définitif, à lui propriétaire ; dès lors on ne peut attacher une importance bien grande à la circonstance que l'acquisition est faite au nom de cet envoyé. Le prix n'est-il pas payé en deniers de l'absent? L'envoyé en possession ne sait-il pas qu'il peut être obligé de rendre compte de ces deniers, aussi longtemps qu'ils restent entre ses mains ou y sont représentés par une autre valeur? Et ce qui vient d'être dit se concilie sans effort avec l'article 132, dont le système, entendu comme il doit l'être, me paraît très-simple. Deux cas sont prévus : — d'abord celui où le prix, non employé, se retrouve en espèces au moment du retour de l'absent ; — en second lieu, l'hypothèse où il en a été fait emploi en acquisition de biens nouveaux. Dans le premier cas, le prix lui-même doit être remboursé par l'envoyé en possession ; dans l'autre, c'est la chose acquise qui est due, le bien provenant de l'emploi du prix. Or cet emploi n'a pas besoin d'être fait au nom de l'absent ; nous verrons dans la suite que le mineur peut revendiquer le bien acheté en emploi de ses deniers, quoiqu'au nom du tuteur. Pourquoi? Parce que celui-ci est censé avoir agi pour son pupille. Ici c'est la même règle qui doit s'appliquer (nous en avons dit les motifs), sauf que le tuteur, quand il fait une acquisition désavantageuse, ne peut pas être regardé comme représentant le mineur, tandis que rien ne s'oppose à ce que l'envoyé en possession soit toujours présumé acquérir pour le compte de l'absent.

A mon sens donc, l'absent, quand il reparaît, est obligé de regarder comme subrogé à ses deniers le bien acquis au moyen d'eux, encore que l'acquisition lui porte préjudice et qu'elle ait eu lieu au nom de l'envoyé en possession ; réciproquement, ce dernier ne pourra pas, en offrant le prix, se dispenser de faire profiter l'absent d'une acquisition avantageuse. A lui à déclarer, s'il veut s'assurer cet avantage, que l'achat est fait pour son compte personnel.

Deux opinions différentes de la mienne se sont produites sur cette question.

M. Demolombe[1] donne à l'envoyé le choix entre le payement du prix et la restitution de la chose acquise. Mais, si la dérogation que notre système apporte aux principes se justifiait par la qualité de l'envoyé en possession, celle qui résulte de l'opinion de M. Demolombe ne se comprend guère ; car enfin on ne peut présumer que l'envoyé agit pour le compte de l'absent quand il fait une acquisition mauvaise, pour son propre compte quand il en fait une bonne. Il faudrait donc prouver que l'article 132 contient une alternative en sa faveur ; or cette preuve sera bien difficile à fournir, puisque dans mon système cet article s'explique parfaitement. Une pareille alternative aussi serait-elle logique? Pourquoi ne pas faire restituer par l'envoyé une acquisition avantageuse, quand réciproquement on ne l'oblige pas à payer la somme employée, au cas où elle dépasse la valeur du bien acheté? Le droit romain, dit-on, admettait cette alternative dans la loi 25, § 1, *De her. pet.* (5, 3). Oui, mais le système de cette loi était bien différent de celui de l'article 132[2]. L'héritier n'avait jamais droit au bien acquis par le possesseur de bonne foi, il n'était jamais que créancier d'une somme d'argent équivalente au prix employé, ou seulement à la valeur actuelle de la chose achetée, si elle était inférieure à ce prix. Au contraire, l'article 132 ne donne-t-il pas à l'absent un droit sur les choses mêmes acquises en emploi de ses deniers? L'alternative n'aurait donc d'autre but que d'assurer une acquisition heureuse à l'envoyé en possession. M. Demolombe admet la subrogation en cas d'échange ; n'est-ce pas reconnaître que l'envoyé agit pour le compte de l'absent? L'échange ne peut-il être fait aussi au nom de l'envoyé en possession[3] ?

[1] M. Demolombe, *Traité de l'absence*, nos 174 et suiv., p. 220 et suiv. — Cf. Plasman, *op. cit.*, I, p. 239-241.

[2] Je crois que l'on se trouve en face de deux présomptions diamétralement opposées. D'après la loi romaine, le possesseur est toujours censé avoir acheté pour son propre compte ; c'est pourquoi il doit le prix, sauf la déduction qu'on lui permet de faire, le cas échéant. D'après l'article 132, l'envoyé en possession est présumé acquérir pour l'absent; c'est pourquoi il doit la chose acquise. Cette différence se comprend aisément : le possesseur de bonne foi se croit propriétaire incommutable, l'envoyé en possession est sans cesse menacé du retour de l'absent.

[3] Comment ne pas mettre sur la même ligne le bien acquis en échange de deniers et celui reçu en échange d'un meuble ou d'un immeuble de l'absent?

D'après la seconde opinion, l'acquisition ayant eu lieu au nom de l'envoyé en possession, le prix est toujours dû par lui [1]. — Mais, en s'attachant exclusivement au fait extérieur, ce système néglige beaucoup trop l'intention qu'a pu avoir l'envoyé en possession et qu'il doit être présumé avoir eue ; de plus, il lui fera éprouver un préjudice chaque fois que l'achat sera désavantageux ; et ceci encore ne me paraît pouvoir être admis.

3° Si, au moment où l'acquisition a été faite, l'envoyé en possession a manifesté le désir de la garder pour lui, il devra toujours et ne devra jamais que le prix.

Nous en arrivons donc à cette conclusion que toute acquisition faite des deniers de l'absent [2], de même que tout échange d'un de ses biens, sera, à moins de déclaration contraire, censée faite pour son compte. Il pourra toujours réclamer la chose acquise, et l'envoyé en possession définitif se libérera toujours en la lui restituant.

SECTION II. — *Actes faits par un autre que le propriétaire.*

Toute personne ayant un patrimoine, tout acte à titre onéreux produit une double subrogation ; l'une dans le patrimoine du vendeur, l'autre dans celui de l'acheteur. La première ne présente guère de difficultés, mais il peut en être autrement de la seconde, quand le propriétaire des deniers n'a pas figuré au contrat. Ce qu'on se demande, en effet, dans une vente, ce n'est pas qui a fourni l'argent nécessaire au payement, mais entre quelles personnes est intervenu l'accord de volontés translatif de propriété. En d'autres termes, l'acquisition profite à celui *au nom duquel* elle est faite, non à celui qui a payé le prix. Cette décision était déjà celle du droit romain [3], et nos anciens auteurs n'hésitèrent pas un instant à l'adopter [4].

[1] M. Valette sur Proudhon, I, p. 329, note *b*.

[2] S'il y a doute sur l'origine des deniers, on la présumera faite de l'argent de l'envoyé définitif. — (Cf. Menochius, *De præsumptionibus*, lib. III, *præsumpt.* 46, n° 7.)

[3] Nous lisons dans Paul (*Sentent.* II, tit. XVII, n° 15) : « Fundus ejus « esse videtur, cujus nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata « est. » — Des décisions analogues se rencontrent dans les c. 6, *De rei vindicat.* (3, 32) ; — c. 21, *De probat.* (4, 19) ; — c. 1, 3, 8, 9, *Si quis alteri* (4, 50). — Cf. aussi *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. XXVII, def. 5, p. 403 (édit. 1681) ; lib. III, tit. XXII, def. 6, p. 239.

[4] « Ce qui est acheté de l'argent d'une personne, disait Duplessis (*De la*

Cela posé, considérons le patrimoine d'une personne que, pour plus de rapidité, nous appellerons Primus, et supposons l'acquisition faite par un tiers avec les deniers pris dans ce patrimoine.

Si le contrat est passé au nom du tiers et sans mandat de la part de Primus, c'est à l'acquéreur seul qu'il profitera. Le bien acheté est subrogé dans son patrimoine à la valeur qui est due à Primus[1].

Le contrat est-il fait au nom de Primus, mais toujours sans mandat, Primus acquerra la propriété du bien acheté s'il ratifie l'achat ; et alors il y aura subrogation de ce bien aux deniers employés.

Si nous passons au cas où Primus avait donné mandat à un tiers qui n'en a pas moins acheté en son propre nom, nous voyons la propriété acquise à ce tiers : Primus aura seulement la faculté de se faire subroger dans les droits de l'acquéreur et de provoquer ainsi une subrogation réelle du bien acheté à ses deniers.

Une dernière hypothèse est celle où l'acquisition a été faite par un mandataire de Primus en cette qualité. La subrogation a mis immédiatement le nouveau bien à la place de l'argent déboursé pour l'achat.

Les mêmes principes recevraient leur application au regard de Primus, si l'acquisition avait lieu par le ministère et avec les deniers d'un tiers.

§ 2. — Cas où le patrimoine est administré par un autre que son propriétaire, celui-ci étant incapable ou absent.

Section I. — *Tutelle.*

La minorité, dans notre ancien droit, donnait lieu à d'importantes questions de subrogation réelle. Par exception aux

communauté, I, p. 448), ne lui appartient pas, mais à celui au nom et au profit duquel l'acquisition est faite. » Voir aussi Despeisses, *Des contrats*, part. I, tit. I. *De l'achat*, sect. V (t. I, p. 67, 68, édit. 1750).

[1] Le droit romain avait admis exceptionnellement le *miles* à revendiquer comme sien le bien acquis avec son argent par un tiers quelconque (C. 8, *De rei vindic.*, 3, 32).

règles ordinaires, et pour des raisons spéciales, le prix des rentes ou des immeubles propres du mineur était subrogé à ces derniers tout comme le remploi qui en était fait opérait subrogation [1]. C'était là une *subrogation spéciale* fort intéressante, mais dont l'étude aujourd'hui ne présente plus d'utilité. Par contre, les actes du tuteur faisaient naître dans le patrimoine du pupille une *subrogation générale* dont l'ancien droit s'occupait, et qui a conservé pour nous toute son importance. C'est d'elle qu'il va être question.

I. ALIÉNATIONS DES MEUBLES OU DES IMMEUBLES DU MINEUR.

Chaque fois qu'un bien du mineur est sorti définitivement de son patrimoine, que ce soit par une vente mobilière consentie par le tuteur seul avec les formalités requises, ou par une vente d'immeubles faite avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de justice, par une expropriation forcée ou une licitation tranchée contre le tuteur, le prix est immédiatement subrogé au bien aliéné. Il n'y a là rien de spécial.

II. EMPLOI DES DENIERS PUPILLAIRES.

1° *Droit romain et ancien droit français.* — D'après le droit des Pandectes et du Code, le tuteur était obligé, dans les six mois de son entrée en fonctions, ou dans les deux mois à partir de l'époque où ils étaient venus entre ses mains, de placer les deniers disponibles du pupille, sinon de les employer en achat d'immeubles [2]. Justinien plus tard, par la Novelle 72, cap. VII, fit de cette dernière obligation une faculté pour le tuteur; il lui permit d'acheter des immeubles avec les deniers pupillaires, pourvu que cette acquisition réunît certaines conditions déterminées [3].

[1] Cf. Pothier, *Traité des propres*, sect. III. — *Coutume d'Orléans*, *Comment.* sur l'article 351. — Renusson, *Des propres*, chap. I, sect. X, n° 11, p. 26. — Meslé, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, chap. XVII, p. 647 et suiv., etc.

[2] L. 7, § 3; l. 15; l. 49; l. 58, §§ 1-4, *De administr. et per. tut.* (26, 7); c. 24, *eod.* (5, 37).

[3] Cf. Marezoll, *Uber die Verbindlichkeit der Vormünder*, *Archiv für civilist. Praxis*, IX (1826), p. 49 et suiv.

Soit dans le premier, soit dans ce dernier état du droit, l'immeuble, quand l'acquisition avait été faite au nom du mineur, était toujours subrogé au prix, sauf la responsabilité du tuteur. Mais si le contrat avait été passé au nom du tuteur, on donnait au pupille le choix de prendre l'immeuble pour lui ou de le laisser au tuteur, à charge alors par ce dernier de lui tenir compte des deniers employés à l'acquisition avec les intérêts légaux du jour de l'emploi [1].

Ces principes sont restés à peu près les mêmes dans notre ancienne législation. L'ordonnance d'Orléans de 1560 porte dans son article 102 que « les tuteurs et curateurs des mineurs seront *tenus*... faire vendre par autorité de justice les meubles périssables et employer en rentes ou héritages, par avis des parents et amis, les deniers qui en proviendront *avec ceux qu'ils auront trouvés comptants*. » — On le voit, l'ordonnance exigeait, comme la loi romaine, que l'emploi fût fait en acquisition d'immeubles. Cette règle fut religieusement maintenue : nous la trouvons reproduite notamment dans l'article 23 de l'édit du mois de décembre 1732, pour les tutelles en Bretagne, et dans l'article 97 des Arrêtés du président Lamoignon. Une jurisprudence assez générale admit aussi que l'emploi devait être fait dans les délais prescrits par le droit romain [2]. Mais une disposition nouvelle était celle qui, pour la validité de l'emploi, exigeait le concours des parents et amis du pupille [3] ; elle eut surtout pour résultat de rendre la subrogation plus définitive, si l'on peut s'exprimer ainsi, en dégageant la responsabilité du tuteur.

Quand ces diverses conditions étaient remplies, l'acquisition faite par le tuteur au nom du pupille et avec l'argent pupillaire subrogeait le bien acquis aux deniers employés. — Mais quand le tuteur avait acheté en son propre nom, le mineur avait le droit, du moins d'après les meilleurs auteurs, de consulter son

[1] C. 5, *Arbitrium tutelæ* (5, 51). Cf. c. 2, *Quando in facto tutoris* (5, 39).

[2] Ferrière, *Traité des tutelles*, part. IV, sect. II, p. 173 (édit. 1766). — Meslé, *Traité des tutelles et curatelles*, chap. VIII, n° 32, p. 204; n° 34, p. 208 (édit. 1752). — Catelan, *Arrêts notables du parlement de Toulouse*, liv. VIII, chap. IV.

[3] Cf. Meslé, *op. cit.*, n° 30, p. 200.

intérêt et d'opter, soit pour la subrogation du bien acheté à ses deniers, soit pour la répétition de la valeur de ces deniers eux-mêmes avec les intérêts tels que de droit[1].

2° *Droit nouveau.* — La loi ne fait plus peser sur le tuteur l'obligation de faire emploi que s'il y a un excédant de revenus (art. 455, 456) ; mais cette obligation peut lui être imposée dans d'autres cas : soit par le conseil de famille dans l'hypothèse de l'article 457, soit par le tribunal dans celle d'une licitation (art. 460)[2] ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841, art. 13).

Si le conseil de famille ou le juge prescrivent l'emploi au tuteur, ils détermineront en même temps le mode suivant lequel il doit être fait, l'espèce de biens qui doit être achetée. En dehors de ces cas, le tuteur, je crois, sera maître de choisir à ses risques et périls l'emploi qui lui paraîtra le plus convenable, sans être tenu de prendre l'avis du conseil de famille. Nul texte, en effet, ne lui en fait un devoir, et le silence des articles 455 et 456 est d'autant plus significatif que l'ordonnance d'Orléans, où ils ont été puisés, voulait que l'emploi fût fait *par avis de parents et d'amis*. D'ailleurs, même dans l'ancien droit et sous l'empire de l'ordonnance, il n'était pas certain que le défaut d'autorisation dût empêcher la subrogation, et l'on inclinait à penser que la prescription de l'ordonnance tendait seulement à mettre la responsabilité du tuteur à couvert. C'est sans doute dans ce dernier sens que les rédacteurs du Code l'ont entendu, et ils ont pu laisser dès lors de côté une disposition qui n'était qu'un conseil donné au tuteur. Rien ne limite, au reste, le libre choix du tuteur : vainement a-t-on voulu prétendre que l'emploi en achat d'immeubles lui était interdit dans l'intérêt du mineur[3]. L'intérêt du mineur! mais n'est-ce pas au tuteur

[1] Despeisses, *Des contrats*, part. I, tit. I, *De l'achat*, sect. V, p. 68 (édit. 1750). — Mesle, *op. cit.*, chap. XII, n° 18, p. 404-405. — Lebret, *De la souveraineté*, liv. III, chap. X. — Arrêt du parlement de Dijon, 14 août 1576 (Bouvot, *Coutume de Bourgogne* (1632), I, part. II, v° TUTEUR, quest. 3). — Arrêt du 9 mai 1614 de la Chambre de l'édit de Castres. — *Contrà*, Maynard, *Arrêts*, liv. VI, chap. XCIV.

[2] Cass., 20 juin 1843 (Dev. et Car., 43, I, p. 651).

[3] MM. Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, I, n°s 685-686. — Taulier, I, p. 66.

qu'incombe la mission de le sauvegarder? Et est-il dit que toute acquisition immobilière sera désavantageuse? Ne peut-elle pas être d'un grand profit pour le pupille? Le tuteur appréciera; s'il apprécie mal, il en portera la peine. Comment croire aussi que le Code ait voulu défendre au tuteur l'emploi en immeubles, quand le droit romain et l'ancien droit lui en faisaient une obligation? Comment croire enfin qu'on ait voulu donner une signification si restreinte à l'expression si large d'*emploi* qui se trouve dans l'article 455?

Ainsi, quand le tuteur achète *au nom* et avec l'argent disponible du pupille, le bien acquis est subrogé aux deniers et devient propriété du mineur; celui-ci aura seulement le droit de se faire indemniser du préjudice que l'emploi a pu lui causer, si le tuteur a quelque faute à se reprocher et s'il ne s'était pas assuré du consentement du conseil de famille.

Reste le cas où le tuteur a bien acheté avec des deniers pupillaires, mais *en son nom propre*. Dans quel patrimoine la subrogation s'est-elle produite alors? Est-ce dans celui du mineur? est-ce dans celui du tuteur? Je crois qu'il faut distinguer. Si l'acquisition a été avantageuse, le mineur pourra la revendiquer; le tuteur sera considéré comme son mandataire légal. C'était la décision de l'ancien droit et du droit romain, décision qui n'a assurément rien perdu de son équité. Si l'achat n'a pas été heureux, le tuteur sera obligé de le garder pour lui : il ne pourra rien répondre si l'on vient lui dire qu'il a agi et même qu'il a *voulu* agir pour son propre compte. L'acquisition n'était pas sans dangers, lui fera observer le mineur, et dès lors, on doit le présumer au moins, vous n'avez pas osé la faire en mon nom, résolu à la prendre à votre charge si elle tournait à mal.

Section II. — *Envoi en possession provisoire des biens d'un absent.*

L'envoyé en possession provisoire n'est qu'un simple administrateur ; il ne peut, en principe, disposer des biens qui composent le patrimoine de l'absent. Toutefois il est tels cas où une aliénation est possible. — Le tribunal peut ordonner la vente des meubles ou de partie des meubles (art. 126) : en dehors même d'une autorisation de justice, certains auteurs reconnais-

sent à l'envoyé provisoire le droit de vendre les meubles, soit corporels, soit incorporels [1]. D'ailleurs, même si l'autorisation est nécessaire, comme aucuns le prétendent [2], le défaut d'autorisation n'empêchera pas la vente de valoir au regard des tiers. Enfin la justice peut permettre l'aliénation des immeubles [3], ou bien ceux-ci peuvent faire l'objet d'une licitation ou de toute autre vente forcée. Dans tous ces cas, le prix des biens aliénés leur est subrogé : c'est lui seul que l'absent peut réclamer à son retour.

Une autre subrogation pourra résulter de l'emploi, obligatoire pour l'envoyé en possession, des sommes disponibles entre ses mains. Les principes sont les mêmes que dans le cas d'envoi définitif : l'article 132 est fait pour l'un et l'autre envoi en possession. Ainsi, l'acquisition a-t-elle eu lieu, soit au nom de l'absent, soit même au nom de l'envoyé provisoire, mais sans qu'il paraisse par les diverses circonstances qui l'ont accompagnée que cet administrateur avait l'intention de la faire pour son compte, il s'opère une subrogation dans l'universalité à laquelle l'absent a droit [4]. L'envoyé, au contraire, sera toujours tenu du prix, s'il avait manifesté immédiatement le désir d'acheter pour son compte personnel.

CHAPITRE II

DE L'HÉRÉDITÉ.

Après le patrimoine d'une personne vivante, voyons celui d'une personne morte, l'hérédité. — Il pourra d'abord se faire qu'on ait à appliquer les principes de la subrogation dans l'intérêt de l'héritier lui-même : cela arrivera si un indu possesseur s'est emparé de la succession. Ce cas est gouverné par des règles qui nous sont connues. — Mais il ne sera peut-être pas sans in-

[1] MM. Aubry et Rau, I, § 153, p. 541.

[2] M. Demolombe, II, nos 112-113, p. 129 et suiv.

[3] MM. Aubry et Rau, I, § 155, p. 542-543. — Demolombe, II, no 111, p. 126 et suiv.

[4] Seulement, si l'acquisition est désavantageuse, la responsabilité de l'envoyé provisoire se trouvera engagée.

térêt de rechercher les effets de la subrogation au regard de deux espèces de personnes qui ont un droit ou universel ou à titre universel sur l'hérédité, les créanciers du défunt et les appelés à une substitution permise.

Section I. — *De la séparation des patrimoines.*

Les créanciers d'une personne ont tous ses biens pour gage, et ils ont compté sur ce gage quand ils ont traité avec elle. Il importe donc que leur espoir ne soit point déçu par la substitution d'un débiteur insolvable au débiteur solvable qu'ils s'étaient choisi, substitution qui est à craindre en cas de décès. Aussi la loi leur offre-t-elle les moyens de se faire payer par préférence aux créanciers de l'héritier, de conserver un droit de gage exclusif sur le patrimoine du défunt, tant qu'il ne s'est pas confondu avec celui du successeur. Ce moyen, c'est la *séparation des patrimoines*, qui pour moi, j'en dois prévenir, est un véritable *privilége*.

On comprend comment la question de subrogation réelle se pose ici. La faculté qu'ont les créanciers du défunt de demander la séparation du patrimoine de leur débiteur d'avec celui de l'héritier n'est pas restreinte à tels objets, à ceux que le défunt possédait au temps de sa mort, elle embrasse l'*universalité* de ses biens, puisqu'elle a pour but de conserver le droit de gage universel qui appartenait aux créanciers. De là il suit que toute valeur qui aura été subrogée à un bien héréditaire dans l'universalité laissée par le défunt sera soumise au droit de ses créanciers et, sauf le cas de confusion, pourra être atteinte par la demande en séparation des patrimoines.

I. *De la séparation des patrimoines relativement aux meubles.* — Tant que les meubles héréditaires se trouvent entre les mains de l'héritier sans être confondus avec ses biens propres [1], et aussi sans qu'il se soit écoulé trois ans depuis l'ouverture de la succession (art. 880, al. 1), la séparation demandée produit tous ses effets à leur égard. Au contraire, si l'héritier les a aliénés, elle ne peut plus porter sur eux ; ils sont sortis définitive-

[1] L. 1, § 12, *De separation.* (42, 6). — Lebrun, *Des successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 22, p. 628 (édit. 1743).

ment de l'hérédité (art. 2119 et 2279). Mais d'autres biens, une créance de prix, des meubles acquis en échange, etc., ont pu prendre leur place, et alors c'est relativement à ces biens que pourra être invoqué le privilége de la séparation des patrimoines. Il s'est opéré une subrogation dans l'universalité que l'héritier tenait du défunt, les choses nouvelles y représentent les choses aliénées et sont censées avoir fait partie de l'hérédité au moment même du décès et de l'ouverture de la succession. Anciennement déjà on le décidait ainsi[1], et je ne crois pas qu'on puisse soulever sur ce point des doutes sérieux[2], à la condition seulement que les meubles subrogés soient restés distincts des biens de l'héritier. — Une confusion sera surtout à craindre en cas de vente, une fois le prix payé ; néanmoins il n'est pas impossible qu'elle soit évitée : les deniers provenant de la vente peuvent être placés avec indication de leur origine, ou même un bordereau pourra permettre de les reconnaître parmi les biens personnels de l'héritier.

II. *De la séparation des patrimoines relativement aux immeubles.* — Les créanciers du défunt ne peuvent demander la séparation des patrimoines relativement aux immeubles que l'héritier a vendus (*arg. à contr.*, art. 880, al. 2)[3] : on n'a pas voulu que les tiers acquéreurs fussent inquiétés par eux. Mais rien ne s'oppose à ce que leur privilége s'exerce sur les biens subrogés aux immeubles aliénés, sur le prix encore dû, sur le meuble ou l'immeuble reçu en contre-échange[4].

Si la demande en séparation des patrimoines a été formée avant l'aliénation d'un immeuble, les créanciers ont en général moins d'intérêt à se prévaloir de la subrogation. Il en serait autrement pourtant si leur inscription était postérieure à la

[1] Brunnemann, *Ad Pandectas*, l. 2 ; *De separat* (42, 6). — Voët, *eod. tit.*, n° 4.

[2] MM. Aubry et Rau, V, § 619, p. 213-214. — Demolombe, *Des successions*, V, n° 181, p. 201-203. — Demante, III, n° 221 *bis*, II. — Barafort, *Traité de la séparation des patrimoines* (1868), n° 97, p. 130 et suiv. — Cass. 7 août 1860 (Dev. et Car., 61, 1, p. 257). — *Contrà*, M. Valette, *Des privilèges et hypothèques*, n° 86. — Nancy, 2 mai 1850 (Dev. et Car., 50, II, p. 285).

[3] Cf. l. 2, *De separat.* (46, 2). — Lebrun, *Des successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 25, p. 629.

[4] Lebrun, *Des success.*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 29, p. 631.

transcription de l'acte de vente, ou si elle avait eu lieu après l'expiration du délai de six mois et l'inscription prise par les créanciers de l'héritier.

Les meubles qui par leur subrogation à des immeubles vendus peuvent être l'objet d'une demande en séparation des patrimoines vont-ils être assimilés à ces immeubles quant aux conditions de temps dans lesquelles la demande doit se produire ? — Il est certain que la confusion ferait obstacle à la séparation des patrimoines, mais en sera-t-il de même de l'expiration du délai de trois ans dont parle l'article 880, al. 1 ? — On a répondu négativement[1]. — Le prix dû, a-t on dit, est subrogé à l'immeuble vendu en vertu de la règle : *In judiciis universalibus res succedit loco pretii, pretium loco rei* ; or *subrogatum sapit naturam subrogati*, donc l'immeuble n'ayant pas été soumis à la prescription de trois ans, le prix encore dû n'y sera pas non plus soumis. On fait remarquer de plus que notre hypothèse ne rentre pas dans les termes de l'article 880, puisque le délai fixé par ce texte court de l'ouverture de la succession, et que la vente a pu être postérieure. Enfin, dit-on, rien ne justifierait ici une prescription qui se fonde sur une confusion présumée. Tant que le prix est encore dû, il reste distinct des biens de l'héritier ; dès qu'il est payé, il se confond avec eux.

Je ne partage pas cette opinion. On invoque la règle : *In judiciis universalibus res succedit loco pretii, pretium loco rei*, mais on se méprend sur son sens, on en exagère la portée[2]. Oui, la subrogation se produit dans les universalités ; mais la chose subrogée ne prend pas la *nature* du bien qu'elle remplace ; elle est censée avoir toujours fait partie de l'universalité, voilà tout. Le meuble qui constitue le prix de l'immeuble vendu peut être l'objet d'une demande en séparation des patrimoines parce qu'il est entré dans l'universalité à laquelle les créanciers du défunt ont droit ; mais pourrait-il en résulter qu'il doit être traité comme une chose immobilière ? — Les considérations acces-

[1] MM. Aubry et Rau, V, § 619, p. 218. — Massé et Vergé, I, p. 334. — Demolombe, *Des successions*, V, n° 205, p. 232-233. — Cass., 22 juin 1841 (Dev. et Car., 41, I, p. 273).— Cass., 7 août 1860 (Dev. et Car., 61, I, 257). — M. Barafort, *Traité de la séparation des patrimoines* (1868), n° 123, p. 178 et suiv.

[2] Voir *suprà*, Ire partie, chap. I ; chap. II, § 3.

soires que l'on a fait valoir ne me paraissent non plus convaincantes. Qu'importe que l'article 880 ne puisse s'appliquer à la lettre : au lieu de courir du jour de l'ouverture de la succession, la prescription courra de celui de l'aliénation de l'immeuble. Ne faut-il pas s'attacher avant tout à l'esprit de la loi ? D'un autre côté, la situation des créanciers est la même au regard du prix de l'immeuble aliéné que vis-à-vis des meubles qui se trouvent au moment de l'ouverture de la succession. Parmi ces meubles il peut se trouver une créance de prix, de même qu'un meuble quelconque peut être acquis en échange de l'immeuble aliéné. Les motifs qui ont fait établir une prescription de trois ans (présomption que les créanciers ont renoncé à demander la séparation, ou que les biens se sont confondus dans le patrimoine du successeur) se rencontrent donc aussi bien au cas de vente d'un immeuble héréditaire que dans l'hypothèse où la succession, dès l'origine, comprenait des meubles.

Section II. — Des substitutions fidéicommissaires.

I. *Droit romain.* — Ce qui est devenu dans l'ancien droit la *substitution proprement dite*[1] s'appelait *fidéicommis* en droit romain (L. 41, § 13, *De legatis* 3° ; L. 75, § 1, *Ad sen. cons. Trebell.*, 36, 1). — Quand le grevé de restitution employait l'argent compris dans une pareille libéralité, faite à titre universel, pour acquérir, soit des meubles, soit des immeubles, le fidéicommissaire pouvait prétendre à ces biens : une subrogation s'était opérée dans l'universalité qui devait lui revenir. Nul doute à cet égard, car la loi 71, *De legatis* 2°, le décide même ainsi au cas de fidéicommis *de eo quod ex hereditate supererit.*

Si, au lieu d'une acquisition, une aliénation était faite par le fiduciaire, l'appelé réclamait le prix des biens donnés comme subrogé à ces biens. Cela pouvait se rencontrer dans les divers cas où la vente, permise à un possesseur de bonne foi de l'hérédité (L. 20, § 12 ; L. 53, *De hered. pet.*, 5, 3, etc.), était un

[1] Thévenot d'Essaule, de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires* (1778), chap. II, § 1, n° 31, p. 14. — Ricard, *Des substitutions directes et fidéic.*, III, chap. VIII, sect. II, part. I, dist. 1. — Domat, *Lois civiles*, liv. V, p. 508 et suiv.

devoir pour le fiduciaire (L. 22, § 3, *Ad sen. cons. Trebell.*, 36, 1), puis en cas d'aliénation forcée (cf. L. 104, *De solut.*, 46, 2) ou de vente faite de bonne foi par le fiduciaire *de eo quod supererit* pour subvenir à ses besoins[1] (L. 54; L. 58, § 8, *Ad sen. cons. Trebell.*, 36, 1), enfin quand la bonne foi des tiers empêchait le fidéicommissaire de se prévaloir de la validité de la vente (cf. L. 89, § 7, *De legatis* 2°; L. 38, *De leg.* 3°; L. 17, *De transact.*, 2, 15). Si la vente avait été faite de son consentement (C. 11, *De fideic.*, 6, 42; L. 120, *De legat.* 1°), il pouvait arriver que le droit aux choses subrogées fût perdu pour le fidéicommissaire en même temps que le droit aux choses vendues. Mais il fallait pour cela que le consentement donné à la vente impliquât bien clairement l'intention de renoncer au fidéicommis (L. 34, § 2, *in fine*, *De legat.* 2°; L. 89, § 4, *De legat.* 2°; L. 79, *eod*). Voilà du moins comment j'expliquerais l'antinomie qui semble exister entre la loi 92, *De legat.* 1° et la loi 88, § 14, *De legat.* 2°.

En dehors de ces cas et quelques autres analogues, la subrogation du prix à la chose vendue ne pouvait être opposée au fidéicommissaire s'il n'avait ratifié, car je ne saurais admettre, comme les anciens l'ont fait, que le grevé, avant Justinien, pouvait aliéner valablement tous biens compris dans le fidéicommis[2]. S'expliquerait-on alors que la loi 89, § 7, *De legat.* 2° ne maintint l'aliénation qu'au cas spécial où ni l'acheteur ni le vendeur ne connaissaient le fidéicommis? Comprendrait-on davantage la disposition de la loi 25, §§ 2, 3, *Ad sen. cons. Trebell.* (36, 1)? Et puis la faculté de disposer est restreinte dans le fidéicommis *de eo quod ex hereditate supererit*, et elle serait illimitée dans le fidéicommis ordinaire! Du reste, la preuve qu'on n'a pas même assimilé ce dernier fidéicommis au premier se trouve dans la loi 22, § 4, *Ad sen. cons. Trebell.* (36, 1), qui n'admet une pareille assimilation que pour l'hypothèse parti-

[1] La *Novelle* 108 restreignit ce pouvoir de disposition. Sauf en quelques cas exceptionnels, le fiduciaire dut toujours restituer au moins le quart des biens par lui reçus.

[2] Mackeldey, *Lehrbuch des heut. römischen Rechts*, II, § 735, note *a*. — Löhr, *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, IV, p. 96 et suiv. (Giessen, 1825).

culière où la vente a été faite en vue d'une constitution de dot[1]. C'est en vain qu'on nous oppose les lois 3, § 3; 19, § 2; 70, § 1; *Ad sen. cons. Trebell.* (36, 1). La loi 3, § 3, se réfère au sénatus-consulte Pégasien et décide que, si des choses données ont été vendues, elles doivent être comptées dans la quarte. Ce texte n'autorise donc pas le fiduciaire à vendre, puisque, au contraire, il lui porte en compte les biens vendus; d'où l'on peut même induire que, si l'aliénation dépassait la quarte, le fidéicommissaire aurait une action en revendication pour le surplus. — La loi 19, § 2, n'est pas plus probante : elle n'a en vue que les ventes nécessaires dans une bonne administration, car elle met sur la même ligne *distrahere* et *conservare*, et fait supporter au fidéicommissaire les frais de la vente. Quant à la loi 70, § 1, son seul objet est de déterminer l'espèce d'action qui appartiendra à l'appelé; et si elle décide qu'il aura une *actio ex fideicommissi causa*, cela ne veut pas dire qu'il ne pourra faire tomber l'aliénation consentie par le fiduciaire[2].

II. *Ancien droit.* — Le grevé de substitution devait provoquer une mise aux enchères des meubles qu'il était chargé de restituer[3].

Quant aux immeubles, leur aliénation était rescindée par l'ouverture de la substitution, sauf en quelques cas exceptionnels : si la substitution n'avait pas été publiée dans les six mois[4], si le testateur avait permis la vente[5], si elle avait eu lieu du consentement de tous les substitués[6], ou pour payer les dettes grevant la substitution, ou pour constituer une dot.

[1] Cf. encore en faveur de notre opinion l. 12, *Familiæ herciscr.* (10, 2). — L. 69, § 1, *De leg.*, 1°.

[2] On n'argumentera sans doute pas de l'expression *hoc quod deperierit persequendum est*, qui se rapporte manifestement au cas de dégradations faites par le grevé.

Remarquons aussi qu'il n'y a rien à induire de la c. 3, § 2, *Communia de legatis* (6, 43), laquelle peut se référer à diverses hypothèses où, comme dans celle de la loi 89, § 7, *De legat.*, 2°, le droit antérieur validait la vente.

[3] Ordonnance de 1747 sur les substitutions, tit. II, art. 8.

[4] Ordonnance de 1747, tit. II, art 28.

[5] Cf. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéic.* (1778), chap. XLVII, § 1, p. 255.

[6] Thévenot d'Essaule, chap. LII, nos 853-854, p. 273. — Perizonius, *De fideicommissis* (1725), art. 40, n° 85.

Dans les cas où la vente était ainsi maintenue, comme aussi quand les meubles avaient été régulièrement vendus, le prix de l'aliénation était subrogé aux biens aliénés et compris dans la substitution, soit pour le tout, soit pour partie[1]. Mais le grevé devait le faire servir à des acquisitions immobilières, de même qu'il était obligé d'*employer* toutes les valeurs disponibles que le testateur lui avait laissées avec la charge de conserver et de rendre[2]. Les immeubles acquis en emploi entraient alors dans la substitution pour y prendre la place, soit des deniers que le grevé avait reçus directement du testateur, soit de ceux qui provenaient des diverses ventes dont il vient d'être parlé[3].

III. *Droit nouveau.* — On a prohibé les substitutions fidéicommissaires, dont l'abus était devenu si grand sous l'ancien régime ; les seuls cas qui aient échappé à cette mesure sont ceux des articles 1048 et 1049.

Comme l'ordonnance de 1747, l'article 1062 enjoint au grevé de faire procéder à la vente par affiches et enchères publiques de tous les meubles compris dans la substitution.

Les immeubles, au contraire, ne peuvent, tant que l'appelé est en vie, faire l'objet d'une aliénation définitive : un pareil acte tomberait par l'ouverture de la substitution. Il existe pourtant des exceptions, comme il y en avait dans l'ancien droit. — Le grevé peut vendre en qualité d'administrateur pour payer les dettes, faire de grosses réparations, procurer un *avantage évident* à la substitution. — L'aliénation forcée est à l'abri de toute résolution. — Le consentement des appelés, peut-être, en tout cas, l'autorisation du testateur, rendent la vente valable. — Valable, elle l'est aussi quand elle a eu lieu avant la publication de la substitution, et enfin, à mon sens du moins et bien que l'ordonnance (tit. II, art. 31) contînt une disposition contraire, quand l'appelé est héritier pur et simple du grevé[4].

Le grevé est tenu de faire emploi du prix des biens qu'il a vendus, des deniers comptants laissés par le testateur et de ceux

[1] Cf. Pothier, *Traité des substitutions*, sect. IV, art. 2, § 1.

[2] Ordonnance de 1747, tit. I, art. 4-5 ; tit. II, art. 10, 11, 14, 17.

[3] Thévenot d'Essaule, chap. XLV, nos 754-756, p. 241 et suiv. — Pothier, *Des substitutions*, sect. IV, art. 2, § 1. — Arrêt sans date de Dijon, rapporté par Brodeau sur Loüet, *Lettre S*, som. 10, n° 11 (II, p. 681).

[4] Cf. M. Demolombe, *Traité des donations*, V, n° 594, p. 557 et suiv.

provenant du recouvrement de créances ou autres effets (article 1065). Cet emploi subrogera les acquisitions nouvelles aux valeurs qui sont sorties de la substitution. Et il n'est pas nécessaire qu'une déclaration d'emploi intervienne à cet effet. Dès qu'il sera établi que le grevé a acheté au moyen de deniers fidéicommissaires, on pourra présumer que l'acquisition a été faite au nom de la substitution qu'il a charge de conserver et de rendre.

Le cadre que je m'étais tracé est rempli. — J'ai étudié aussi complétement qu'il m'a paru nécessaire la subrogation réelle qui se fonde sur une disposition expresse de la loi. J'ai essayé de montrer (ce qu'on a trop souvent perdu de vue) que la règle : *In judiciis universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*, est la formule un peu ambiguë d'une espèce de subrogation réelle, distincte de la précédente, dont le caractère est beaucoup plus général, qui se produit dans toute universalité. Mais il ne pouvait venir à l'idée de personne de suivre cette subrogation dans ses infinies applications. Un choix était nécessaire : il fallait analyser surtout ses principaux effets dans les grandes universalités, l'hérédité, le patrimoine, en même temps que faire ressortir les principes qui la gouvernent. Choix dangereux! car en le faisant on s'exposait presque fatalement au reproche de n'avoir pas relié assez fortement ensemble les diverses parties consacrées à l'étude de la subrogation *générale*. Je crains bien de ne pas m'être toujours soustrait à cette critique. Au reste, quelles que soient les imperfections de ce travail, j'espère qu'on me tiendra compte d'avoir osé le premier m'engager dans une voie qui n'avait pas été parcourue encore.

J. Flach,
Avocat, docteur en droit.

K.-S. ZACHARIÆ

SA VIE ET SES OEUVRES.

(SUITE ET FIN[1].)

SECTION II. — De la méthode d'exposition adoptée dans le *Manuel*.

Toute exposition du droit positif doit satisfaire à diverses exigences. Il faut :

1° Suivre un ordre méthodique propre à faire ressortir nettement la contexture générale du sujet que l'on traite et les liens qui en réunissent les différentes parties ;

2° Faciliter l'intelligence des doctrines que l'on expose et, dans ce but, procéder du connu à l'inconnu, du simple au composé, du facile au difficile ;

3° Provoquer une étude indépendante et sûre en facilitant le contrôle et la vérification des doctrines qu'on enseigne ; s'efforcer dans ce but de se rapprocher des textes qu'on interprète ;

4° Ne pas se contenter d'une froide dogmatique, mais donner de la vie à son exposition par des considérations philosophiques et par des vues historiques et critiques, tant sur le droit lui-même que sur les diverses interprétations qu'il a reçues.

Il n'est pas toujours possible de satisfaire simultanément à ces diverses exigences, et si l'on ne peut pas les concilier, c'est d'après le but qu'on se propose et les personnes auxquelles on s'adresse qu'il faut prendre un parti.

L'ordre à suivre dérive de la nature des choses, et voici ce qu'il en résulte :

Le but principal de l'ordre social est de tracer et de garantir à chaque individualité, qualifiée personne, un champ d'activité où elle puisse se développer librement, d'une manière conforme à sa destination. Il faut assurer à chaque personne un

[1] Voir *Revue historique*, t. XIV, p. 433, et t. XV, p. 295 et 430.

certain nombre de pouvoirs, une certaine liberté dont elle puisse disposer.

La personne capable de droit nous apparaît en conséquence comme le centre et la base de tout le système.

Elle doit être considérée successivement :

1° Dans sa nature abstraite et dans son individualité propre, en tant qu'appelée à participer au droit, cela au double point de vue de la jouissance et de l'exercice. Nous voyons se présenter ici les questions de capacité juridique ou personnelle ;

2° Dans ses rapports immédiats avec la nature d'un ordre inférieur, rapports qui constituent ce qu'on appelle généralement *les droits réels* ;

3° Dans ses rapports immédiats avec les autres personnes, en tant qu'il résulte de ces rapports des obligations ou droits personnels.

Les droits réels et les obligations tant actives que passives constituent ce qu'on appelle *l'état de fortune* ou, suivant la terminologie de notre Code, *l'ensemble des biens appartenant à chaque personne* ; ce que notre auteur appelle *patrimoine*.

Voilà ce qui nous apparaît quand nous considérons chaque personne à part. Mais toute existence individuelle est passagère et incomplète : elle ne forme qu'un des anneaux d'un vaste réseau qui étend au loin ses ramifications dans le temps et dans l'espace. De là dérivent deux nouveaux genres de rapports : la famille et la succession héréditaire.

Les rapports de famille sont, comme les obligations, des liens de droit qui s'établissent entre un certain nombre de personnes déterminées ; mais ils sont d'une tout autre nature et doivent être régis par des règles bien différentes.

Chaque personne est, comme nous l'avons vu, le centre et la base de tout un ensemble de droits et d'obligations qui constituent son patrimoine, son état de fortune ; et quand elle disparaît de la scène de ce monde, il devient nécessaire de régler le sort de ceux de ses droits et de celles de ses obligations qui peuvent lui survivre ; c'est là ce qu'on appelle *le droit de succession héréditaire*.

Nous pensons, en conséquence, que tout système de droit civil doit se diviser en cinq parties qui, sauf quelques modifications et quelques transpositions partielles que nous indiquerons

plus tard, doivent être abordées dans l'ordre que nous avons suivi pour les désigner.

La doctrine de la capacité personnelle paraît devoir occuper la première place, non-seulement parce qu'elle se retrouve nécessairement dans toutes les autres parties du droit, mais encore parce qu'elle ne présente pas de très-grandes difficultés, dans ses principes généraux.

Les droits réels semblent, au premier coup d'œil, considérés dans leur ensemble, venir immédiatement après la capacité juridique, parce que, se rattachant à chaque individualité dans ses rapports directs avec les choses du monde extérieur, ils n'exigent, en principe, des autres personnes qu'un respect purement passif et ne présentent par conséquent pas en eux-mêmes de grandes complications.

Mais ces droits réels diffèrent assez les uns des autres pour qu'il soit convenable non-seulement d'étudier chacun d'eux à part, mais encore de les scinder en deux catégories dont la dernière ne peut être convenablement abordée qu'après plusieurs autres parties du système.

Voici l'ordre qu'il paraît naturel de suivre dans cette étude :

En premier lieu se présente la propriété, base et prototype de tous les autres droits réels. Portant en elle-même sa raison d'être, s'exerçant d'une manière absolue et ne réclamant qu'un respect passif, elle n'est généralement pas la source d'une grande complication.

Viennent ensuite l'usufruit et ses diminutifs, l'usage et l'habitation, auxquels il faut ajouter, si on les considère comme maintenues, l'emphytéose et la superficie. Ces droits diffèrent de la propriété en ce qu'ils en sont des démembrements et se trouvent nécessairement en présence d'un élément rival, ce qui amène des complications.

Les servitudes ou services fonciers ne sont que des accessoires d'autres droits réels. C'est là une source de nouvelles difficultés.

Quant aux priviléges et aux hypothèques, auxquels il convient d'assimiler dans une certaine mesure le gage et l'antichrèse, ce ne sont, sauf la dernière, que de simples garanties n'ajoutant rien au droit originel, ce qui leur assigne nécessairement une place à part après les divers droits auxquels ils se rapportent.

La théorie des obligations ne doit venir qu'après l'étude des

trois premières catégories de droits réels, parce qu'elle présente une plus grande variété et une plus grande complication, soit quant à l'objet du droit, soit quant aux personnes qui s'y trouvent intéressées.

La place que la famille doit occuper dans l'ensemble du système ne paraît pas, au premier coup d'œil, très-facile à indiquer. Si, d'une part, les rapports qu'elle présente avec la personne et la capacité juridique semblent devoir la faire placer en tête, les grandes complications qui s'y rencontrent doivent la renvoyer après les obligations.

Vient, en dernier lieu, le droit de succession héréditaire, où l'on voit se combiner les éléments de toutes les autres parties du système. Ce droit nous paraît avoir pour complément naturel les testaments et les donations, par suite de l'action que ces institutions exercent les unes sur les autres.

Des auteurs jouissant d'une grande autorité ont assigné à la donation une place dans la partie générale dont nous parlerons plus tard, et où ce sujet est souvent traité d'une manière complète et détaillée [1]; mais il nous semble qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour s'écarter de l'ordre adopté par le Code.

Telles nous paraissent devoir être les principales divisions du droit civil; mais, il faut bien le reconnaître, l'étude de ces rapports n'absorbe pas tout le champ de la science; il doit s'y ajouter celle des faits juridiques. Ces faits, simples causes des changements qui s'opèrent dans le droit, ne sauraient être pris, en principe, comme base d'une classification, et ce n'est pas sans difficulté qu'on parvient à les intercaler convenablement dans l'ensemble du système. On ne peut ni les isoler complétement du droit soumis à leur influence, ni les confondre trop complétement avec lui. C'est là un des motifs qui ont fait généralement reconnaître la convenance d'admettre, dans l'exposition du droit civil, une partie générale distincte des doctrines spéciales dont le système se compose et destinée à réaliser les avantages suivants :

1° Donner le plus tôt possible une idée de l'ensemble de la science; dresser, pour ainsi dire, le programme et le plan général de ce qui doit suivre;

[1] Voir spécialement Savigny, Keller, Puchta.

2° Éviter les répétitions en exposant une fois pour toutes les doctrines qui trouvent leur application dans un nombre plus ou moins considérable de sujets différents.

Nous avons fait cette indication sommaire de ce que nous paraissent être les principes d'une bonne classification dans le but de procéder avec plus de sûreté à la critique de l'ordre suivi dans le *Manuel*. Nous pensons qu'avant d'entreprendre cette critique, il n'est pas inutile de voir quels ont été les plans le plus généralement suivis en Allemagne pour l'exposition systématique du droit civil, de rechercher quelle méthode prévaut en France et quels ont été les procédés suivis dans le Code Napoléon, l'ordre d'un système ne pouvant être complétement indépendant de celui qui a été suivi dans le document dont il faut le tirer.

Les professeurs allemands adoptent généralement comme base de leurs cours un manuel de peu d'étendue, ou tout au moins une sorte de plan ou programme imprimé, traçant jusque dans leurs moindres détails les divisions et subdivisions du sujet et indiquant les sources et les principales autorités auxquelles on peut recourir. Il y a là, pour le professeur et pour les élèves, un guide précieux qui garantit l'exactitude des informations recueillies par les derniers et procure une grande économie de temps.

Celui de ces plans d'étude qui a joui le plus longtemps d'une grande faveur est l'œuvre du célèbre Heise, que notre auteur eut pour collègue à Heidelberg et qui s'acquit une telle réputation que les cahiers de ses élèves étaient déposés comme autorités dans les greffes de plusieurs tribunaux et que nous avons entendu nos anciens maîtres, MM. de Savigny et Thibaut, dire qu'ils auraient eu de la peine à soutenir la concurrence avec lui, s'il n'eût pas renoncé promptement à l'enseignement pour entrer dans la magistrature.

Ce programme, dont la première édition remonte à l'année 1807, fut adopté par le premier de ces illustres professeurs pour l'enseignement des Pandectes et pour son système; il acquit ainsi une grande autorité dans ce qu'on appelle *l'école historique*.

Après une introduction générale sur le droit commun de

l'Allemagne, M. Heise divisait son cours en six livres traitant successivement :

1° Des doctrines générales et communes dont nous avons parlé plus haut, comme devant être placées en tête du système;

2° Des droits réels ;

3° Des obligations ;

4° De la famille ;

5° De la succession héréditaire ;

6° De la restitution en entier.

Ce que nous avons appelé *droit de famille* porte dans le texte de M. Heise le titre bizarre de *droits réels personnels*. Cette terminologie provenait de l'assimilation que M. Heise admettait, de même que Kant et notre auteur, entre ces droits, d'une nature fort diverse, ainsi que nous l'avons déjà dit [1].

Le système de M. de Savigny devait se composer de sept livres, distribués de la manière suivante :

1° Sources du droit ;

2° Rapports juridiques ;

3° Application des règles du droit aux rapports juridiques ;

4° Droits réels ou droits aux choses ;

5° Obligations ;

6° Droit de famille ;

7° Droit de succession héréditaire.

Les trois premiers de ces livres correspondent au premier de M. Heise et contiennent la partie générale. Quant à la restitution en entier, elle est intercalée dans le livre II, sous le titre de modifications aux rapports de droit.

M. Keller divisait ses Pandectes en cinq livres. C'était suivre M. de Savigny, en réunissant en un seul les trois premiers livres adoptés par lui [2].

M. Rudorff se conformait au même plan, en faisant de la capacité personnelle l'objet d'un livre spécial placé immédiatement avant celui des droits réels [3].

[1] Voir Kant, *Métaphysique du droit*, traduction Barni, §§ 22 et suiv., et *Analyse*, p. 41 ; — Savigny, *System*, t. I, p. 356 ; — Demolombe, t. IX, p. 16 et 129.

[2] *Pandekten*.

[3] *Grundriss zu Vorlesungen über das gemeine Civil-Recht*.

Une division fort analogue se trouve dans les ouvrages de MM. Muehlenbruch, Mackeldey et Puchta.

M. Muehlenbruch admet deux parties, l'une générale, l'autre spéciale. La première se subdivise en deux livres, traitant : le premier, du droit *objectif* ou des sources du droit ; le second, du droit *subjectif*. C'est naturellement dans ce dernier que se trouvent les faits juridiques et les actions.

La partie spéciale se divise en cinq livres, traitant successivement :

1° Des personnes considérées d'une manière générale ;
2° Des droits réels ;
3° Des obligations ;
4° De la famille et de la tutelle ;
5° Des successions héréditaires.

Mackeldey admet également deux parties, l'une générale, l'autre spéciale. Celle-ci diffère de celle de M. Muehlenbruch en ce que le livre des personnes en a été retranché pour être porté dans la partie générale et en ce que deux livres ont été ajoutés l'un sur la restitution en entier, l'autre sur le concours entre créanciers.

M. Puchta adoptait des divisions fort analogues à celles des Pandectes de Muehlenbruch, sauf quelques modifications de détails.

M. Thibaut divisait son système en quatre livres, traitant :

1° De la partie générale ;
2° De l'état des personnes, y compris la famille et la tutelle ;
3° Des obligations ;
4° Des droits sur les choses, y compris le droit de succession héréditaire. Suivait un supplément traitant de la prescription [1].

La principale différence que ce plan présente avec l'ordre qui paraît le plus généralement suivi consiste à placer la famille en tête du système.

Le système de M. Vangerow se divise en cinq livres.

1° Théories générales exposées dans huit chapitres, traitant successivement des sources du droit, du droit pris dans le sens objectif du mot ; des personnes ; des choses ; des actes juri-

[1] Muehlenbruch, *Doctrina Pandectarum* ; — Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen rœmischen Rechts* ; — Puchta, *Pandekten* ; — Thibaut, *Pandekten*

diques ; des droits dans le sens subjectif ou personnel du mot ; de la poursuite, de la défense et de la garantie des droits ; de la manière de compter le temps ; de la possession ;

2° Droit de la famille, exposé dans trois chapitres traitant successivement du mariage et de son influence sur la fortune des époux, de la puissance paternelle, de la tutelle ;

3° Droits réels ;

4° Droit de succession héréditaire, en y comprenant les donations et les testaments ;

5° Des obligations.

Nous trouvons bien des choses à louer dans cette distribution, mais nous persistons à penser que le droit de famille et celui de succession héréditaire ne doivent venir qu'après les obligations.

Les méthodes adoptées pour l'exposition de notre Code nous paraissent pouvoir être ramenées au nombre de quatre :

1° Le commentaire, qui prend le texte même pour base des développements auxquels il le soumet. Cette forme s'appuie avant tout sur l'exégèse et suit l'ordre des articles ;

2° Le traité, qui tient le milieu entre le commentaire et le système. Il s'éloigne plus ou moins de l'ordre des articles, tout en se conformant aux divisions plus générales. Cette forme peut se combiner avantageusement avec celle du commentaire ; l'ouvrage de M. Marcadé en est un exemple remarquable ;

3° Le système suit librement l'ordre qui semble résulter de la nature des choses. Il cherche à grouper son exposition autour d'un certain nombre de principes rattachés les uns aux autres par les lois de la pensée ;

4° L'ordre alphabétique tient du dictionnaire, il expose la science dans une série de monographies distribuées dans l'ordre le plus propre à faciliter les recherches.

Nous ne voudrions rejeter d'une manière absolue aucun de ces modes de procéder.

La forme du commentaire a pour elle de très-fortes autorités. Elle a été adoptée par un grand nombre d'auteurs et chaleureusement défendue, comme nous l'avons dit, par M. Troplong [1].

[1] *Vente*, préface, n° 2.

Quant à la science, ce mode de procéder, s'attachant strictement aux textes et les soumettant à une rigoureuse analyse, paraît tout particulièrement propre à élucider chaque disposition considérée isolément ou dans ses rapports immédiats avec celles qui la précèdent ou qui la suivent.

Quant à la pratique de la barre, où il s'agit presque toujours de savoir si telle disposition spéciale est applicable dans telle circonstance donnée, l'habitude du commentaire paraît, au premier coup d'œil, présenter de grands avantages et plus de facilité. Ce genre de procédé, prenant une disposition spéciale pour centre et pour base de ses efforts, pose assez généralement les questions d'une manière analogue à celle qui paraît être dans les exigences d'une plaidoirie ; il semble devoir conduire plus facilement au but que la méthode opposée, qui, pour être plus sûre, n'en présente pas moins une plus grande complication dans chaque cas spécial, parce qu'elle doit presque toujours élargir le champ de la discussion. Ce ne serait là, toutefois, qu'un avantage bien secondaire et auquel on ne saurait attribuer une grande importance, et cet avantage est beaucoup plus apparent que réel : l'essentiel sera toujours d'être suffisamment orienté dans le domaine de la science. Quand on y est parvenu en suivant le cours naturel qui conduit des principes aux conséquences, il est facile de procéder en sens inverse en se plaçant à un point quelconque du vaste réseau dont on domine l'ensemble. Le commentaire présente d'ailleurs des lacunes et des dangers. L'ensemble de la doctrine peut facilement échapper quand on l'aborde trop exclusivement par les détails : on peut, comme le dit un proverbe allemand, ne pas voir la forêt tout en ayant sous les yeux les arbres dont elle se compose.

Toute législation positive doit se présenter à l'esprit comme un vaste organisme dans chaque partie duquel circule la pensée ; et, si l'on veut saisir cet organisme dans son ensemble et dans toute sa vitalité, si l'on veut sentir chacune des pulsations qui l'animent, c'est aux courants généraux qu'il faut s'attacher pour les suivre dans leurs dernières ramifications.

« L'exégèse est une méthode qu'il ne faut pas dédaigner, disait M. Rossi, mais l'ordre rationnel est nécessaire toutes les fois qu'on veut découvrir et mettre en saillie les principes divers qui dominent une matière, qu'on veut en juger la portée

et surtout quand on veut reconnaître leurs points d'intersection. L'analyse, disait-il plus loin, est un instrument excellent, indispensable; c'est pour nous le seul moyen de faire avancer les sciences; mais en fait de sciences morales et politiques, la vérité tout entière se trouve dans la synthèse. Il faut considérer la méthode analytique comme un moyen, comme un expédient, et non comme l'expression rigoureuse de la vérité[1]. »

Nous ne sommes pas étonné de voir prédominer en France la méthode du traité : on trouve ainsi dans le Code un plan tout fait, présentant certains avantages en vue de l'unité qui doit présider à l'enseignement académique. Ce plan n'a d'ailleurs rien d'absolu ; il n'est pas nécessaire qu'il soit exécuté par le même architecte; c'est une sorte de canevas où chacun peut venir remplir un ou plusieurs compartiments suivant ses forces et suivant le temps dont il peut disposer.

L'ordre alphabétique présente au plus haut degré ce dernier avantage : divisant la science jusqu'à ses dernières molécules, il fait appel, pour le même recueil, à une foule de capacités qui, se concentrant chacune sur un point donné, peuvent arriver à des résultats partiels auxquels aurait difficilement abouti un travail plus étendu dans chacune de ses parties.

Le choix à faire entre les divers genres de procédés dépend des circonstances et du but qu'on se propose.

Si le Code était rédigé sous forme de manuel écrit dans un but scientifique, la meilleure manière d'exposer et de développer ses doctrines serait peut-être de le lire et de le commenter comme tout autre ouvrage théorique; mais il n'en est point ainsi : c'est une loi, ou plutôt un ensemble de lois ; il n'a rien de doctrinal dans la forme ; il expose des règles et non des idées ; l'interprète doit le traduire en langage scientifique, seul capable de rendre à la pensée législative toute son élasticité et toute sa force d'expansion. Si, du moins, les rédacteurs avaient suivi l'ordre naturel des matières, ce système et le traité pourraient se confondre et conduire à des résultats plus ou moins identiques ; mais, il faut bien le reconnaître, le plan qui a été suivi laisse beaucoup à désirer, soit dans la concep-

[1] *Droit constitutionnel*, t. II, p. 7 et 233.

tion générale, soit dans l'exécution. C'est un sujet qui a soulevé de nombreuses polémiques, naturellement surexcitées en France par les deux traductions du *Manuel*, dont une seule a conservé l'ordre adopté par l'auteur[1]. Nous y reviendrons quand nous dirons par quelles transpositions le Code pourrait être rapproché d'un ordre vraiment systématique ; voyons avant tout dans quelle mesure notre auteur a réussi dans la tentative qu'il a faite à cet égard.

Il commence par diviser tout le champ du droit civil en deux parties, l'une théorique et l'autre pratique. Nous croyons cette idée malheureuse, soit en elle-même, soit dans son exécution.

Le droit civil, considéré dans sa contexture générale, se présente sous trois aspects : le droit abstrait ou objectif, règle suprême destinée à régir la société ; les faits juridiques au moyen desquels cette règle sort de son abstraction et s'incarne, en quelque sorte, dans les personnes, entourant chacune d'elles d'un ensemble de droits et d'obligations ; les formes qu'il faut observer pour faire respecter ces droits et obtenir l'accomplissement de ces obligations.

Bien que la connaissance de ces trois catégories de lois importe également à la pratique du droit, nous admettons volontiers que la qualification de règles pratiques peut s'appliquer plus spécialement aux deux dernières, qui tendent plus directement à l'acquisition, à la transmission, à la perte et à la protection du droit, et au sujet desquelles chaque individu est appelé à jouer un rôle plus actif.

Ce n'est pas dans ce sens étendu que M. Zachariæ emploie ces expressions. Il résulte soit de la manière dont il introduit ce sujet dans le *Manuel*, soit de la comparaison de cet ouvrage avec la *Philosophie du droit privé* du même auteur, que celui-ci entendait parler des moyens par lesquels chacun fait respecter ses droits, moyens qui, s'ils ne se confondent pas complétement dans l'esprit de l'auteur avec les lois de procédure qui en font partie, paraissent cependant ne former avec elles qu'une même catégorie[2].

[1] Voir spécialement *Revue de législation*, de Wolowski, t. IX et X ; — *Revue critique de législation*, t. VI et XVIII.

[2] § 24, *Anfangsgründe*, p. 228 ; — *Manuel*, §§ 24 et 745.

La terminologie de l'auteur nous paraît pécher par trop de généralité, car il n'est question dans cette partie de l'ouvrage que des actions, des exceptions, de la preuve, des jugements et de la prescription libérative.

L'auteur semble admettre que ces différentes doctrines auraient été mieux placées dans le Code de procédure, et il ne s'en occupe que parce qu'elles sont comprises dans le Code Napoléon.

Nous ne croyons pas cette idée exacte : les doctrines étudiées dans cette partie de l'ouvrage nous semblent appartenir au fond du droit beaucoup plus qu'aux lois de procédure proprement dites. Ces dernières s'occupent spécialement des formes qu'il faut observer devant les tribunaux, et les divers moyens ou obstacles dont M. Zachariæ s'occupe sous cette rubrique préexistent à l'action judiciaire. Les jugements eux-mêmes ne sont considérés qu'en vue d'une nouvelle action et notre auteur distingue lui-même en matière de preuves ce qui tient au fond de ce qui tient à la forme. « Les lois qui se rapportent à la nature intime de la preuve, *materiam*, *non formam probationis*, n'ont pas d'effet rétroactif, » disait-il, § 749 ; les lois de procédure proprement dites ont cependant un pareil effet ; elles sont de plus considérées comme locales : chaque tribunal suit invariablement les règles qui lui sont tracées à cet égard, tandis que c'est à la loi du lieu où un fait juridique s'est réalisé qu'il faut recourir pour savoir si tel genre de preuve est admissible [1].

L'action judiciaire considérée dans son principe et la prescription libérative appartiennent aussi au fond du droit, et ce ne serait pas sans danger que l'on voudrait les assimiler à la procédure [2].

Les rédacteurs du Code ont donc eu raison de s'occuper de ces différents sujets et de les séparer complétement de la procédure. Nous ne pouvons, en conséquence, nous empêcher de penser que la marche suivie dans le *Manuel* est une complication inutile qui pourrait facilement induire en erreur.

En se plaçant au point de vue de l'auteur, on se demande

[1] Voir l'arrêt de cassation du 24 février 1864 (Dalloz, 1864, I, 166, et la note).

[2] Savigny, *System*, §§ 204, 237 et 374, t. VIII, p. 273.

pourquoi il n'a pas introduit dans cette partie d'autres doctrines qui paraissent devoir y rentrer tout aussi bien que celles qui s'y trouvent : les actes de l'état civil, par exemple, l'expropriation forcée, les formes intrinsèques des actes, la prescription acquisitive ou usucapion, les formes de l'inscription hypothécaire, etc.

Cette partie, qui est sans aucun rapport d'étendue avec la première et qui devait nécessairement être incomplète, serait mieux désignée par le mot *supplément* ; nous ne nous y arrêterons pas plus longtemps, et c'est au droit théorique que nous nous attacherons de préférence, pour en étudier la distribution ; c'est là que se trouve bien véritablement le fond du système.

Nous regrettons d'abord que l'auteur n'ait pas suivi l'exemple de ses collègues d'outre-Rhin, en admettant une doctrine générale et préliminaire beaucoup plus étendue.

M. Zachariæ divise le droit civil théorique en deux parties : la première traite de l'état civil des Français ; la seconde est désignée comme s'occupant des droits civils qui se rapportent aux objets extérieurs.

La première de ces parties débute par une introduction traitant des différentes catégories de personnes, de la distinction à faire entre l'état politique et l'état civil et des actes destinés à constater ce dernier. Viennent ensuite cinq sections, traitant :

1° De l'acquisition de l'état civil par la naissance ou par la naturalisation ;

2° Des droits résultant de l'état civil ;

3° Des différences physiques existant entre les hommes et influant sur l'état civil, de la naissance, du sexe, de l'âge, de la parenté et de l'alliance, etc. C'est ici qu'il est traité de la minorité, de l'interdiction, de la curatelle et du conseil judiciaire ;

4° Des rapports de l'homme avec l'espace : le domicile et l'absence ;

5° Des différentes manières dont l'état civil se perd.

Nous inclinons à penser que toute cette première subdivision pourrait disparaître pour se répartir soit dans l'introduction générale, dont nous avons parlé, soit dans les différentes

doctrines auxquelles se rapportent les divers sujets qu'elle renferme.

L'état civil ou la capacité personnelle est la condition du droit plus que le droit lui-même, et bien des doctrines qui se trouvent ici placées en tête du système peuvent difficilement être comprises dans leurs détails sans anticiper sur d'autres : comment comprendre en particulier certaines parties de la tutelle et de l'absence si l'on ne s'est pas encore occupé de la famille.

La seconde subdivision débute aussi par une introduction, où il s'agit des objets extérieurs auxquels se rapporte le droit civil : des différentes sortes de choses et de biens, des droits divers auxquels ces objets sont soumis. L'auteur s'occupe ensuite dans un premier livre des droit civils s'appliquant aux objets extérieurs considérés individuellement ; et dans un second, des droits civils s'appliquant à ces mêmes objets, considérés comme formant un ensemble : la fortune, le patrimoine.

C'est dans le premier de ces livres que les droits réels, les obligations, le droit de famille sont exposés.

Le second indique l'idée générale que l'auteur se forme de l'état de fortune ou patrimoine, et traite ensuite du droit de succession héréditaire, des testaments, des donations.

Il y a certainement beaucoup à louer dans cette distribution générale du système ; mais une critique rigoureuse ne laisse pas d'y voir différents points à relever. Nous ne pouvons pas nous empêcher de penser qu'elle repose trop exclusivement sur des idées abstraites qui ne tiennent pas suffisamment compte de la nature des choses. L'idée de la famille nous y paraît trop effacée. Cette grande institution dont on ne saurait méconnaître l'importance nous y apparaît comme mutilée et presque confondue avec des droits qui sont bien éloignés de la constituer réellement telle qu'elle se présente en fait. L'autorité paternelle, cet indissoluble faisceau de droits et d'obligations, se trouve scindée en deux parties fort distantes l'une de l'autre : l'administration légale se trouve placée dans la première subdivision du droit civil théorique, en tête du droit de tutelle [1], et les autres attributs de la paternité sont exposés dans la seconde, comme droit de puissance. N'est-ce pas trop séparer les parties d'une seule

[1] § 99.

et même institution, qui ne peut être bien comprise que quand on la considère comme formant un ensemble? N'aurait il pas fallu tout au moins qu'une introduction générale fît ressortir les liens qui constituent cet ensemble? MM. Aubry et Rau ont fait subir un changement à l'ordre suivi par M. Zachariæ : ils ont placé l'administration légale à la suite de la tutelle, comme appendice. Ils ont eu raison à un certain point de vue, les rédacteurs du Code ayant traité ce sujet d'une manière tellement incomplète, qu'il est difficile de le comprendre si l'on ne s'est pas encore occupé de la tutelle ; mais d'un autre côté cette dernière institution se présente à l'esprit comme destinée à suppléer à la première, qui paraît d'ailleurs avoir trop d'importance pour être convenablement exposée comme complément d'un autre sujet. Ne peut-on pas conclure de ce qui précède qu'il est naturel de considérer ces deux institutions comme appartenant au droit de famille? N'est-ce pas là également ce qui résulte du rôle que la parenté et l'alliance jouent dans la tutelle? N'est-il pas dans tous les cas désirable de voir tous ces rapprochements indiqués dans une introduction générale?

Ajoutons que la famille n'a pas été suffisamment mise en relief comme institution spéciale ; elle n'a pas été suffisamment distinguée des droits réels et des obligations.

MM. Aubry et Rau nous paraissent avoir eu le pressentiment des objections que pouvait soulever la doctrine de l'auteur et s'être efforcés d'en adoucir considérablement les traits ; mais nous ne pensons pas qu'ils soient allés suffisamment loin dans cette voie. Les principes philosophiques de M. Zachariæ tendaient à rapprocher la famille des droits réels ; MM. Aubry et Rau nous paraissaient ne pas la distinguer suffisamment des obligations : « Les droits sur les objets extérieurs, disent-ils, sont réels ou personnels. Ces derniers se divisent en droits personnels proprement dits ou droits de créance et en droits de puissance[1]. »

Il nous semble qu'il y a là un rapprochement fâcheux et une sorte de confusion entre les différents sens des mots *droits réels* et *droits personnels* ; si la famille est de droit personnel, en

[1] *Cours de Code Napoléon*, §§ 162 et 172.

ce sens qu'elle a des personnes pour objet, elle est de droit réel par la nature des actions judiciaires auxquelles elle donne ouverture quant aux tiers. Elle est également la source d'un certain nombre d'actions bien certainement personnelles, telles que la dette alimentaire par exemple. Il est plus sage de considérer la famille comme une institution spéciale, *sui generis*.

Le même ordre d'idées nous amène à blâmer M. Zachariæ d'avoir conservé la terminologie romaine en ce qui concerne les servitudes, divisées en personnelles et réelles : si l'usufruit et ses diminutifs, l'usage et l'habitation, peuvent être qualifiés de droits personnels en ce sens qu'ils sont liés d'une manière spéciale à l'existence d'une personne déterminée, ils n'en sont pas moins des droits réels par la nature générale des actions auxquelles ils donnent ouverture. Ils sont d'ailleurs très-convenablement désignés sous le nom de *droits de jouissance* (C. Nap., art. 543 et suivants). Les rédacteurs du Code ont eu d'autant plus raison de rejeter l'ancienne terminologie, que la confusion est beaucoup plus facile en droit moderne : c'était aux actions plus qu'aux droits considérés d'une manière abstraite que les jurisconsultes romains appliquaient les qualifications dont il s'agit.

Les hypothèques et les priviléges auraient dû être détachés des autres droits réels pour être étudiés après les obligations qui en sont la base, sauf à en exposer la nature et les principes généraux dans la partie générale dont nous avons parlé.

C'est dans cette partie générale que la théorie des contrats doit trouver le plus naturellement sa place. M. Zachariæ a eu tort de l'introduire sous la rubrique des obligations.

Les contrats sont des faits juridiques et non des droits. Ils n'ont d'ailleurs pas seulement pour effet de créer des obligations, de les transmettre ou d'en opérer la mise à néant ; ils peuvent agir de la même manière sur les droits réels. Nous voyons même notre auteur mentionner plusieurs genres de contrats avant d'en avoir exposé les principes généraux, et c'est à l'occasion des droits réels qu'il le fait. Il y a là un vice de méthode que l'on ne peut éviter qu'en développant le plus tôt possible la théorie générale des contrats, sauf à s'occuper ensuite des effets qu'ils produisent au sujet de chacun des droits auxquels ils peuvent se rapporter.

Des observations analogues peuvent s'appliquer à la prescription, tant acquisitive que libérative : c'est là un fait juridique et non un droit. Les principes qui le régissent doivent être exposés dans la partie générale du système. Les conséquences de détail qui en dérivent sont plus faciles à comprendre quand on les rapproche des droits auxquels elles se rapportent. Notre auteur expose les principes du premier de ces genres de prescription à l'occasion du droit de propriété et renvoie, comme nous l'avons vu, le second à la deuxième partie du système, intitulée *Droit pratique*.

Sans méconnaître les différences considérables qui existent entre ces deux sujets d'étude, nous croyons que, tant historiquement que théoriquement, ils présentent certains points communs qui ne permettent pas de les séparer complétement l'un de l'autre; la partie générale que nous regrettons aurait fourni le moyen de satisfaire à ces diverses exigences. C'est là aussi que viendrait se placer le plus naturellement la recherche des caractères distinctifs qui différencient la prescription et les délais préfix.

Nous avons déjà eu l'occasion de louer la manière dont notre auteur a fait ressortir l'importance de l'idée du patrimoine ou état de fortune. Nous pensons cependant qu'il va trop loin quand il en fait la base d'une division aussi générale que celle du second et dernier livre de la première partie de son système.

C'est encore dans la partie générale que les principes fondamentaux de cette doctrine profondément philosophique auraient dû être exposés. Les conséquences qui en dérivent auraient trouvé leur place dans les différentes parties du système où elles se manifestent le plus clairement : dans le droit de succession et dans la théorie générale des dettes, par exemple.

S'il eût exposé en tête de son système les principes généraux du patrimoine, l'auteur aurait pu se rapprocher davantage de l'ordre du Code dans l'étude des détails ; il aurait évité le danger de paraître rattacher trop exclusivement ce sujet à l'exécution forcée et à la succession héréditaire.

Il y a, d'une part, des valeurs qui font partie du patrimoine sans être matière à exécution et sans être transmissibles héréditairement : tels sont, par exemple, les droits d'usage et d'habita-

tion, les créances alimentaires et dans une certaine mesure l'usufruit; et, d'autre part, l'idée du patrimoine n'est pas étrangère à d'autres sujets, tels que les conventions matrimoniales, la société, l'absence. C'est elle qui sert de base à la fameuse doctrine des ayants cause et des ayants droit. Ne la retrouvons-nous pas encore dans la distinction des droits personnels et des droits réels? Ces derniers ne se caractérisent-ils pas en ce qu'ils sortent complétement du patrimoine de la personne qui les a concédés?

Il faut ajouter que l'on trouve dans la matière des donations et des testaments bien des dispositions qui ne se rattachent que fort indirectement à cette idée, et que le principe d'unité de succession, presque complétement abandonné par le droit coutumier, n'a été réintégré que d'une manière incomplète dans le Code Napoléon. Ce principe ne peut, en effet, se maintenir d'une manière absolue en concurrence avec la règle qui soumet les immeubles à la loi de la situation[1]. Bien des objections peuvent être élevées contre ce système, mais il n'en est pas moins certain qu'il a prévalu dans l'article 3 du Code.

Nous ne croyons pas devoir pousser plus loin cette critique de l'ordre suivi par M. Zachariæ. Cet ordre se rapproche d'ailleurs beaucoup de celui qui paraît le plus généralement adopté. L'absence d'une partie générale suffisamment étendue et l'adoption d'une partie dite de *droit pratique* nous paraissent être les points qui prêtent le plus à la critique. Les questions de détail que nous pourrions ajouter sont plus ou moins subordonnées à ce qui aurait été introduit dans la partie générale, c'est un examen dont nous croyons pouvoir nous dispenser.

Section III. — Conclusions générales.

Diverses questions se présentent à nous à la fin de ce mémoire :

1° Quels sont en résumé les traits caractéristiques, les mérites et les défauts du *Manuel?*

2° Quels services cet ouvrage a-t-il rendus à la science?

3° Quels services peut-il rendre encore?

[1] Savigny, *System, band* 8, §§ 375 et 376; — Zachariæ, *Manuel*, § 31; Aubry et Rau, § 31.

4° Quels enseignements et quelles directions pouvons-nous tirer de l'étude à laquelle nous venons de nous livrer ?

Le *Manuel* est l'œuvre d'une intelligence également puissante et modérée, s'exprimant toujours avec une austère simplicité, dans un style clair, concis et facile ; c'est une vaste synthèse solidement liée et dans toutes les parties de laquelle se manifeste une pensée pleine de vie, bien que soumise à une logique sévère et à la scrupuleuse prudence que suggère une science approfondie.

MM. Massé et Vergé ont mis ce livre à une rude épreuve : ils l'ont disloqué pour le ramener à l'ordre du Code, et l'œuvre a résisté à cette opération périlleuse. Nous voyons là une confirmation de ce que M. de Savigny a dit quelque part : « Ce qui constitue le mérite d'un système est moins l'ordre extérieur et général que la vie qui circule dans toutes ses parties. » Ne reconnaissons-nous pas la puissante pensée des jurisconsultes romains dans les fragments épars et mutilés qui nous ont été conservés par Tribonien ? Ne voyons-nous pas se manifester, dans les débris que nous a conservés l'art antique, la puissance dont ces chefs-d'œuvre étaient animés ? Ce dut être un véritable événement que les premières communications parvenues de ce côté du Rhin au sujet du *Manuel ;* ce ne fut certainement pas sans un étonnement mêlé d'admiration qu'on reçut de l'Allemagne une étude aussi impartiale, aussi saine, complète et approfondie. La France ne se montra point défavorablement prévenue : elle prêta une oreille attentive et bienveillante à cet étranger qui, dépassant de beaucoup les résultats obtenus, venait lui enseigner les institutions qu'elle s'était récemment données et dont elle venait à peine de commencer l'étude.

Il n'y a pas d'auteur qui ait été et qui soit encore plus souvent cité que M. Zachariæ. On peut ne pas adopter sa manière de voir, mais on reconnaît toujours en lui une autorité respectable.

Les causes de ce grand succès sont faciles à indiquer : l'auteur représente l'élément systématique et dogmatique de la nouvelle jurisprudence française. Il a ouvert à cette science des horizons nouveaux qui ont produit un grand mouvement d'idées, et plus on multiplie le nombre des aspects sous lesquels on étudie une loi, plus on a de chances d'en acquérir une connaissance approfondie.

C'était bien certainement une grande innovation que de substituer un ordre systématique à celui des commentaires et des traités. Les dispositions du Code, ainsi rattachées les unes aux autres par des rapports jusque-là trop laissés dans l'ombre, apparaissaient sous un jour tout nouveau qui provoquait un nouvel examen.

L'auteur n'avait d'ailleurs rien oublié de ce qui pouvait augmenter l'importance de son œuvre. Courts et savants résumés historiques faisant ressortir les rapports du Code avec le droit antérieur, mise en saillie des liens logiques et systématiques qui en réunissent les différentes parties, exposition des principes généraux qui doivent présider à son interprétation, courtes et peut-être trop rares appréciations philosophiques, il avait tout prévu, tout indiqué sommairement.

Rien ne passe en apparence aussi vite qu'un commentaire de législation vivante. Les changements de la loi, les fluctuations et les progrès de la doctrine et de la jurisprudence, cette force interne et merveilleuse qui pousse constamment à élargir et à assouplir le sens des textes, tout cela fait nécessairement que le dernier venu des interprètes a beaucoup de chances d'être préféré, fût-il même inférieur à ses devanciers.

Si l'œuvre de M. Zachariæ a échappé plus qu'une autre à cette loi commune, cela tient manifestement à ses mérites et à la scrupuleuse exactitude avec laquelle l'auteur et ses traducteurs l'ont constamment tenue au niveau du dernier état de la science.

Il ne faut cependant pas se le dissimuler, ce livre commence à vieillir. Les notes nombreuses dont il a fallu le surcharger, pour le rajeunir, en rendent la lecture suivie plus ou moins pénible et difficile : elles rompent l'unité de pensée qui en était un des principaux mérites. Il faut le dire aussi, de grandes et belles œuvres sont venues lui faire concurrence. Si elles ne présentent pas la même concision systématique, elles luttent avec avantage grâce à leur date plus récente, à l'unité de leur composition, aux beaux développements qu'elles renferment, et qui en rendent la lecture à la fois plus attrayante et plus facile.

Cette loi fatale de la science ne doit pas nous faire oublier les services rendus par M. Zachariæ, et la puissante influence

qu'il a exercée n'en persiste pas moins, bien qu'elle puisse devenir plus ou moins latente.

Il est vrai que la lecture n'en convient pas également à toutes les catégories de lecteurs. Elle présente, en général, une nourriture trop substantielle pour les débutants : trop de science s'y trouve concentrée dans trop peu d'espace pour qu'il soit possible de se l'approprier sans peine ; les arguments y sont indiqués sans développements, il faut souvent les deviner; et l'on peut facilement se laisser décourager par le travail qu'une telle concision rend nécessaire.

Si l'on a déjà fait une étude approfondie du droit, si l'on est assez fort pour apprécier, sans lire les notes, les solutions proposées dans le *Manuel*, on peut, en en parcourant les textes, se procurer une jouissance intellectuelle qui n'est certainement pas sans utilité : on voit se dérouler ainsi devant soi l'ensemble d'un système dont toutes les parties sont solidement liées et dérivent logiquement les unes des autres.

Si l'on n'est pas de cette force, et si l'on craint une lecture parfois aride et fatigante, le *Manuel* peut encore rendre de grands services comme répertoire remarquablement ordonné.

Portons maintenant nos regards sur l'avenir et voyons quels enseignements l'étude à laquelle nous venons de nous livrer peut fournir à cet égard.

Nous avons vu la concurrence s'établir entre différents modes d'exposition, et, tout en reconnaissant les avantages spéciaux que chacun d'eux présente, nous avons dit que l'ordre systématique doit apparaître comme l'idéal suprême de la science. Le degré de développement auquel est parvenue l'étude de notre Code nous paraît appuyer cette idée. La science ne doit jamais accepter que sous bénéfice d'inventaire les résultats auxquels elle est parvenue ; il lui convient de s'arrêter de temps en temps afin de trouver dans le passé des directions pour l'avenir. Elle doit examiner scrupuleusement le bagage qu'elle traîne après elle et rechercher ce qui doit en être abandonné sur la route et ce qui peut encore servir pour marcher en avant; la forme systématique semble très-appropriée à un pareil travail d'explication et de critique.

Tel est l'idéal que M. de Savigny s'est proposé d'atteindre dans son grand ouvrage et qu'il aurait certainement réalisé.

dans la mesure de la faiblesse humaine, si le temps ne lui eût pas manqué.

Voilà l'exemple que nous voudrions voir suivre en France. Sans doute la tâche est grande et difficile ; mais il serait beau de l'entreprendre et rien ne prouve qu'il soit impossible de l'accomplir. Si les matériaux s'entassent avec une prodigieuse rapidité, la lumière se fait de jour en jour davantage, et l'œuvre si remarquable de MM. Aubry et Rau doit servir de puissant encouragement.

Nous ne pouvons nous empêcher de regretter que ces dignes et savants disciples de M. Zachariæ n'aient pas régénéré plus complétement son œuvre. Ils ont certainement donné un bel exemple en maintenant le nom de leur maître en tête de leur livre, et se voir ainsi continuer n'est pas une des moindres gloires de M. Zachariæ. Cela ne devait cependant pas les empêcher d'introduire quelques changements dans l'ordre et surtout de reporter dans les textes la matière de bien des notes. Le nombre des volumes en eût été augmenté ; c'est la seule excuse que notre auteur opposait au reproche qu'on lui adressait à cet égard [1]. Mais c'est là un bien faible inconvénient quand il s'agit d'une œuvre de cette importance.

Quelques modifications auraient aussi pu être faites dans la distribution des matières. L'ordre suivi dans le *Manuel* remonte aux premières éditions de l'ouvrage ; et, comme nous l'avons vu, il s'est fait depuis cette époque bien des expériences qui pourraient être mises à profit.

La doctrine et la jurisprudence françaises ont acquis un tel développement, qu'il devient toujours plus nécessaire de s'occuper d'ouvrages spéciaux destinés à l'enseignement élémentaire. Nous voudrions voir paraître à l'usage des jeunes gens un manuel conçu et rédigé sous forme systématique.

Un pareil ouvrage devrait contenir beaucoup d'histoire et beaucoup de doctrine tant philosophique que juridique, sans qu'il soit nécessaire de lui donner une étendue plus considérable que celle de nos manuels actuels.

Nous voudrions en effet qu'il se restreignît à l'exposition des principes et de leurs conséquences les plus immédiates et les

[1] Préface de la troisième édition.

plus essentielles. Ce n'est pas sans danger que l'on introduit les débutants dans le dédale des questions de détail avant de les y avoir suffisamment préparés ; le fil conducteur se brise facilement en leurs mains inexpérimentées, et les voilà prématurément lancés sur cette voie de scepticisme où les exigences et les faiblesses de la pratique ne tendent malheureusement que trop à les engager plus tard.

C'est principalement quand on s'adresse à eux pour leur parler de droit qu'il convient de prendre pour idéal cette maxime mise en tête de la seconde édition du *Manuel : Non multa, sed multum.*

L'essentiel pour ceux qui débutent est d'apprendre à travailler plus que d'entasser des connaissances plus ou moins solidement acquises ; c'est de trouver dans leurs études préparatoires les directions et l'appui qui leur sont nécessaires. Il leur faut, avant tout, des principes reposant sur une base assez inébranlable pour être acceptée avec confiance, et ces principes ne peuvent se manifester dans toute leur force qu'autant qu'on a mis clairement en évidence les liens intimes qui les rattachent à l'histoire et à la philosophie du droit. Il faut aussi faire ressortir les rapports qui existent entre les bases de la science et mettre sur la voie des conséquences qui en dérivent ; c'est ainsi qu'on peut arriver à une bonne méthode d'interprétation.

L'ouvrage que nous réclamons devrait débuter par une partie générale largement développée et formant l'objet de la première année d'étude. Les doctrines spéciales seraient ensuite abordées successivement dans un ordre systématique ; et, malgré les nombreuses critiques dirigées contre le plan de notre Code, nous pensons que, grâce à la partie générale mentionnée plus haut, ce plan pourrait être en grande partie conservé, sauf quelques transpositions qui pourraient fort souvent s'opérer par masses, de manière à ne pas trop éloigner des textes.

Voici d'ailleurs en quelques mots, et sans entrer dans les détails, quels devraient être les traits principaux de cette nouvelle classification.

Le titre préliminaire serait fondu dans la partie générale, sauf à revenir plus tard sous une rubrique spéciale aux conflits de législation dans le temps et dans l'espace.

Le titre I du livre I, traitant des principes généraux de la

capacité personnelle, trouverait convenablement sa place dans la partie générale. On reviendrait plus tard sur les questions qui peuvent s'y rapporter dans chaque doctrine spéciale. La capacité personnelle est, comme nous l'avons dit, moins un droit que la condition de tous les droits. Elle tient d'ailleurs du droit public presque autant que du droit privé, et réclame, en conséquence, une place bien spéciale.

Le titre II du même livre, traitant des actes de l'état civil, paraît pouvoir s'intercaler dans le droit de famille.

Les titres III et IV, traitant du domicile et de l'absence, rentreraient convenablement dans la partie générale comme accessoires de la capacité personnelle, sauf à revenir plus tard, à l'occasion des doctrines spéciales, sur les questions se rapportant à chacune d'elles.

Le mariage, le divorce, la séparation de corps, la filiation, l'adoption, la puissance paternelle, la tutelle, l'émancipation, l'interdiction, en un mot toute la fin du premier livre, devraient être mentionnés sommairement dans la partie générale et développés dans le droit de famille.

Le livre II serait conservé sous la dénomination de *droits réels*.

Quant au livre III, il faudrait lui faire subir d'assez grands changements. Les dispositions préliminaires rentreraient dans la partie générale.

Les titres I et II, traitant des successions, des donations et des testaments, seraient abordés immédiatement après le droit de famille.

Le titre III, contenant l'exposition des contrats et des obligations, devrait être disloqué.

Ce qui tient aux formes, tant intrinsèques qu'extrinsèques, rentrerait, quant aux principes communs, dans la partie générale ; on reviendrait plus tard sur les règles spéciales à chaque doctrine qui serait successivement abordée.

Les obligations proprement dites, et ce qu'on appelle *les contrats spéciaux*, trouveraient leur place, sous le nom de *droits personnels*, immédiatement après les droits réels, sauf le contrat de mariage, qui serait inséré dans le droit de famille.

Les principes généraux de l'exécution, le nantissement, les priviléges, les hypothèques, le cautionnement viendraient terminer ce qui tient à cette catégorie de droits.

La prescription serait répartie entre la partie générale, les droits réels et les droits personnels.

L'ouvrage se terminerait par le développement de la doctrine des conflits de législation.

Il va sans dire qu'il faudrait s'efforcer de procéder toujours du connu à l'inconnu, du facile au difficile, et nous pensons que la partie générale permettrait de le faire sans nuire à la vue d'ensemble.

Nous ne nous dissimulons pas qu'en venant plaider en France la cause d'un ordre systématique pour l'enseignement du droit, nous entreprenons une tâche difficile ; il nous faut lutter non-seulement contre des habitudes invétérées, mais encore contre certains obstacles qui ne sont pas sans importance. Nous sommes cependant convaincu qu'il y a là une nécessité qui devient de jour en jour plus urgente : plus l'arbre de la science grandit et se couvre d'une riche végétation, plus il devient indispensable de s'appuyer fortement sur le tronc et sur les branches principales, si l'on veut pénétrer sûrement jusqu'aux derniers rameaux.

La principale objection que l'on puisse nous faire se tire de l'uniformité que doit présenter l'enseignement donné par les différentes facultés et de la difficulté de s'entendre sur un plan systématique. Nous ne pensons pas que cette objection soit péremptoire, parce qu'il suffirait de s'entendre sur les grandes divisions de l'enseignement académique, et que l'autorité supérieure pourrait intervenir au besoin.

Nous regrettons beaucoup, pour la France, l'usage des plans d'étude si répandus en Allemagne sous le nom de *grundriss*. Nous croyons que, même en conservant le mode actuel d'exposition, on pourrait tirer de grands avantages d'un pareil usage. L'ordre à suivre se trouve, il est vrai, tout donné ; mais cet ordre n'est pas tellement absolu dans les détails qu'il ne reste rien à faire et qu'il ne convienne pas de s'entendre et de s'aider réciproquement, quant à l'usage du degré de liberté que l'on possède encore ; mais nous sommes bien persuadé que, si jamais l'ordre systématique venait à triompher, on ne tarderait pas à voir se développer ce nouveau genre de littérature. Il y aurait là une source abondante de nouveaux progrès.

Toute recherche du meilleur ordre systématique dans lequel

il convient d'exposer une science rétroagit nécessairement sur cette dernière ; elle amène à en discuter les bases et à mettre en évidence les rapports qui existent entre ses différentes parties. Il y aurait là comme une régénération de l'étude, un nouvel élément de vie, dont les effets ne tarderaient pas à se produire.

Il est vrai que les premiers débuts dans cette voie pourraient être difficiles et périlleux ; mais ce ne doit point être un motif de découragement, il faudrait seulement prendre toutes les précautions exigées par la prudence. Nous ne croyons pas qu'il fût indigne du gouvernement ou d'une académie d'ouvrir un concours sur le meilleur plan d'études rédigé en vue des exigences de l'enseignement. On pourrait aussi nommer une commission chargée d'élaborer un rapport et de présenter un projet, documents qui seraient rendus publics et soumis à la critique générale.

Encore un vœu et nous aurons fini.

Le fait qu'un des meilleurs commentaires de notre Code est l'œuvre d'un jurisconsulte allemand témoigne hautement des rapports de ressemblance qui existent entre les civilisations et les droits des deux grands peuples fixés sur l'une et l'autre rive du Rhin. Il y a là des éléments communs qui diffèrent, il est vrai, par la manière dont ils ont été introduits et par celle dont ils se combinent, mais qui n'en ont pas moins une grande importance comme base de développement. Ces éléments, que des événements extraordinaires ont fait combiner en France d'une manière peut-être trop hâtive, nous les trouvons plus distincts chez nos voisins, où ils sont soumis à un long travail de fusion ; chacun de ces peuples peut, en conséquence, profiter de l'exemple et des expériences de l'autre. C'est pour s'aider et pour tirer parti de leurs efforts respectifs qu'ils doivent s'observer et s'étudier réciproquement. Bien des progrès ont été faits dans cette pacifique et bienveillante émulation. Faisons tous nos efforts pour entretenir et augmenter ce beau mouvement. Notre auteur y a largement contribué tant par le *Manuel* que par la fondation de la *Revue critique des législations étrangères* et par la part active qu'il prit à la rédaction de ce précieux recueil.

Nous lui en devons de la reconnaissance, et nous ne craignons pas de le dire, quelle que soit la puissance du temps, la mé-

moire de M. Zachariæ ne disparaîtra pas du milieu de nous : elle doit y rester comme un fanal lumineux bien propre à nous encourager et à diriger nos pas dans les rudes sentiers de la science.

N'oublions pas, en particulier, les belles paroles par lesquelles se terminait la préface de la troisième édition du *Manuel*, publiée en 1827.

« Peu après l'apparition de la seconde édition de cet ouvrage, il y eut un temps pendant lequel le droit français était considéré d'un œil presque défavorable en Allemagne. Il serait plus digne de reconnaître que, particulièrement en ce qui concerne le droit civil, les peuples d'Europe qui professent le christianisme ont une seule et même tâche à remplir, que cette tâche est grande et qu'ils doivent y travailler en commun ; que dans toute l'Europe chrétienne il faudrait voir se former, entre les interprètes du droit civil tout au moins, comme entre les naturalistes, une vaste association protégée par des liens d'unité capables de résister à toute action contraire de la politique. »

Ce n'est pas sans regrets que nous nous séparons de ce travail qui nous a fait vivre pendant longtemps dans un commerce intime avec une des plus remarquables personnalités du siècle.

Nous devions au respect que nous inspire la mémoire de notre auteur de nous exprimer toujours avec une entière franchise. C'était le moyen d'être vraiment utile, et nous croyons n'avoir fait en cela que nous conformer à la manière de voir de M. Zachariæ.

Nous tenons d'ailleurs à le dire, en terminant, parce que telle est notre conviction : les quelques faiblesses que nous avons cru devoir relever dans les différentes appréciations auxquelles nous nous sommes livré tiennent le plus souvent beaucoup plus à l'époque et au courant général des idées alors dominantes qu'à la personnalité de l'auteur, dans laquelle il faudra toujours reconnaître une grandeur extraordinaire. Telle est l'impression qui doit rester dans l'esprit du lecteur, si nous nous sommes exprimé convenablement.

Ch. Brocher,
Professeur, juge à la Cour de cassation de Genève.

BIBLIOGRAPHIE.

Le barreau moderne, par M. Jules Le Berquier, avocat à la Cour impériale. Paris, Germer-Baillière, 1869. Prix : 3 fr. 50.

De nombreuses études ont été de nos jours publiées sur le barreau. M. Oscar Pinard en a, le premier, reproduit et fait vivre dans une galerie pleine d'intérêt les modernes célébrités. Adoptant un point de vue plus pratique, MM. Mollot et Liouville se sont occupés des règles qui gouvernent cet ordre honorable. Récemment, M. Grellet-Dumazeau et M. Egger en ont recherché les origines, l'un dans l'antiquité romaine, l'autre dans l'antiquité grecque. L'ouvrage de M. Le Berquier vient prendre entre ces divers écrits une place qui restait libre. Moins exclusivement littéraire que le premier, moins technique ou moins curieux d'érudition que les deux autres, il renferme une suite de considérations dans lesquelles sont abordés tour à tour avec mesure l'histoire du barreau, l'étude des principes qui le régissent et l'examen des divers genres d'éloquence qui s'y rattachent.

Les pages que contient ce volume avaient déjà, pour la plupart, vu le jour dans la *Revue des Deux Mondes*. M. Le Berquier nous en avertit, mais les lecteurs de la célèbre revue ne l'avaient certes pas oublié. Peut-être même, pour le dire en passant, cette origine successive et morcelée se trahit-elle dans la composition de l'ouvrage. Des sujets différents y ramènent parfois les mêmes aperçus et les mêmes souvenirs historiques. Ces répétitions auraient été sans doute évitées par l'auteur si son œuvre avait été conçue dans une pensée unique, et pour ainsi dire exécutée d'un seul trait.

Je dois faire encore ici une observation de forme : le titre de l'ouvrage de M. Le Berquier n'indique pas toute la portée du sujet traité par lui. Dans son acception rigoureuse, le terme de *barreau* s'applique, en effet, aux avocats seulement. Néanmoins M. Le Berquier a compris aussi sous ce mot la magistrature, et lui a fait dans le livre dont je m'occupe une part aussi large qu'à l'ordre des avocats. M. Le Berquier a donc tenu plus qu'il ne

promettait. Il n'est pas donné à tout le monde d'encourir un pareil reproche. Quoi qu'il en soit, on pourrait diviser l'ouvrage intitulé *le Barreau moderne* en trois parties, dont les éléments sont répandus dans le cours du volume, et qui recevraient pour titre : l'une, *le Barreau proprement dit*; l'autre, *la Magistrature*; la troisième, *les Rapports entre la magistrature et le barreau.*

Par une prédilection facile à comprendre de sa part, c'est le premier de ces trois sujets que M. Le Berquier traite, non avec le plus d'étendue, mais avec le plus de complaisance.

Nourri dans la confraternité de ce grand barreau de Paris, il y a puisé l'amour, le culte de sa profession. C'est avec un soin jaloux qu'il en rappelle les titres et en revendique les prérogatives. A ce point de vue, la question qui le préoccupe le plus, et qui le retient le plus longtemps, c'est de savoir jusqu'où va le droit qui appartient en principe au barreau de rester maître de la composition de son tableau. M. Le Berquier ne voudrait à ce droit de restriction d'aucune sorte. La Cour de cassation cependant tend à y apporter certaines réserves, sinon directement, du moins par voie de conséquence. Son arrêt du 16 décembre 1862 décide, en effet, que le refus par un conseil de discipline de l'ordre des avocats d'admettre à son tableau un avocat précédemment inscrit à un autre tableau, et qui ne s'en est fait rayer que parce qu'il sollicitait son admission au premier, équivaut à une radiation puisqu'elle prive l'avocat de l'exercice d'une profession qui constitue pour lui un droit acquis, et qu'à ce titre cette décision est sujette à l'appel devant la Cour. Que M. Le Berquier combatte énergiquement cette doctrine, cela ne m'étonne pas, et sans prendre parti ici sur une question qui exigerait de longs développements, je ne puis blâmer l'auteur de chercher à maintenir intacts les priviléges d'un ordre dans les conseils duquel il figure avec distinction.

En ce qui touche la magistrature, M. Le Berquier discute aussi d'intéressantes questions. Il le fait avec une convenance et une modération parfaites, et rend aux hommes chargés d'administrer la justice en France un hommage d'autant plus précieux pour eux que, dans ces derniers temps, ils ont été durement attaqués. Cependant il pense que, sous un certain rapport, quelque chose peut être ajouté à la considération qui leur est nécessaire. Pour arriver à ce résultat, il croit qu'il importe de

rétablir la notion vraie de l'origine de la magistrature actuelle. Selon lui, cette magistrature repose sur une base populaire : l'Assemblée constituante, consacrant un principe dont on pourrait trouver des traces fort anciennes, a voulu fonder avant toute chose le jugement par les jurés. Si l'état de l'instruction publique ne lui permit pas d'appliquer cette sorte de jugement aux affaires civiles, du moins, au criminel le jury est resté le principe, et le tribunal correctionnel n'est que l'exception. Le peuple s'est bien dessaisi de son droit de juger directement, mais non point au profit du pouvoir exécutif : celui-ci n'est délégué par le peuple que pour choisir les magistrats, non pour juger lui-même, et l'inamovibilité des juges est la preuve et le signe public de leur indépendance vis-à-vis du pouvoir. « Malgré les ambages des formules, malgré le mystère qui entoure une investiture dans laquelle le mandat n'est point formellement requis en son nom, le pays, guidé par cet instinct qui sait pénétrer tant d'obscurités, sait qu'un lien secret existe entre lui et la magistrature, et que sous la robe du juge il y a toujours un juré. » Telle est la théorie de M. Le Berquier ; mais « la magistrature, dit-il, ne peut se décider à l'admettre : il lui semble qu'elle soit placée sous la tutelle souveraine ; si bien que parmi les réformes proposées la première peut-être, et la plus désirable, serait celle qui parviendrait à donner au juge une plus exacte idée de ses fonctions et de l'étendue des droits qu'elles lui confèrent. »

Certes, vouloir agrandir encore le rôle de la magistrature est une intention louable, et je ne doute pas que chez M. Le Berquier elle ne soit très-sincère ; mais le mal qu'il signale existe-t-il et le remède qu'il propose serait-il efficace ?

La magistrature a-t-elle attendu le développement de la théorie de M. Le Berquier pour se faire une idée exacte de ses devoirs et de ses droits ? Serait-il vrai que dans des temps difficiles, dans des affaires semées de périls, sa fermeté pourrait dépendre de la solution qu'elle se donnerait à elle-même d'un problème historique ? Qu'elle dérive de la source nationale par intermédiaire ou directement, qu'importe ? Ce n'est pas sur son origine qu'elle a les yeux fixés, c'est sur son but, savoir : l'application des lois selon ses lumières et sa conscience. Elle a pu, de l'aveu de tous, s'honorer dans l'accomplissement de cette œuvre sous le régime de la vénalité des charges ; ne

le pourra-t-elle pas aussi sous l'investiture du souverain, comme elle le pourrait sans doute si elle agissait en vertu d'un mandat direct du pays? Non, il est une chose qui, mieux qu'une théorie, affermit et guide la magistrature dans son œuvre : c'est le sentiment du devoir. Il ne lui fera pas défaut.

A côté du barreau et de la magistrature étudiés en eux-mêmes, le livre de M. Le Berquier traite, nous l'avons dit, certains points concernant les rapports entre le barreau et la magistrature. Il se préoccupe notamment de cette question qui a donné lieu à un écrit de M. Berryer : quels sont, dans les débats de l'audience, les droits respectifs de la défense et de l'accusation? Celle-ci est-elle placée vis-à-vis de celle-là dans un état de supériorité qui porte atteinte aux franchises nécessaires du défenseur? Ainsi posée, la question n'en est pas une, et l'on peut espérer d'ailleurs qu'elle ne se représentera pas. Chaque jour le ministère public et la défense se donnent de nouvelles preuves d'estime et de courtoisie réciproques ; la défense y gagne quelque chose et l'accusation n'y perd rien. Ne voit-on pas d'ailleurs entre la magistrature et le barreau trop de points de contact pour que la mésintelligence puisse longtemps régner entre eux? Les magistrats du parquet n'ont-ils pas tous porté d'abord la robe d'avocats? Quelques-uns même, après s'être illustrés en la portant, ne l'ont-ils pas toujours, selon l'expression pittoresque de M. Dupin, gardée « comme leur robe de dessous? » Enfin les événements politiques ne nous montrent-ils pas souvent des magistrats terminant leur carrière par où ils l'avaient commencée et cherchant dans le barreau, cher à leurs premières années, un refuge toujours hospitalier?

A la vérité, cette communauté d'intérêts n'exclut pas certaines différences qui tiennent à la nature même des choses, dans le style par exemple. A ce point de vue, M. Le Berquier a tracé un piquant parallèle entre l'ancienne éloquence judiciaire et la nouvelle : l'une pompeuse, surchargée d'érudition; l'autre simple, alerte, souple, appropriée aux exigences des affaires. Il aurait pu, en envisageant l'éloquence judiciaire de nos jours, faire ressortir aussi quelques contrastes entre celle du ministère public et celle du barreau ; montrer dans la première une obligation plus impérieuse de gravité et de mesure,

dans la seconde plus de liberté et de mouvement. Toutefois, à côté de ces nuances, que de rapports étroits ne pourrait-on pas relever, même pour le style oratoire, entre l'éloquence du ministère public et celle du barreau? Mais il ne m'appartient pas dans cette *Revue*, consacrée aux études judiciaires, de m'étendre trop longuement sur un sujet qui relève plutôt de la littérature. Je voudrais seulement en terminant indiquer, sous ce rapport, un dernier point de rapprochement entre les magistrats et les avocats. On l'a souvent remarqué, cette éloquence, but de leurs communs efforts, semble frappée d'une loi qui l'empêche de se survivre à elle-même. Ces plaidoiries qui ont si vivement ému l'auditoire, ces réquisitoires qui l'ont si profondément frappé, reproduits par la presse, paraissent, auprès de ce qu'ils étaient à l'audience, froids et décolorés. Dans un de ses ingénieux articles des *Débats*, consacré à l'ouvrage de M. Oscar Pinard [1], M. de Sacy attribue ce caractère éphémère des succès d'audience à l'absence de philosophie dans les discours. La philosophie est-elle donc si puissante sur les lecteurs? Manque-t-elle d'ailleurs absolument dans les discours dont le palais retentit? S'ils paraissent, hors du palais même, perdre de leur valeur, n'est-ce pas simplement à cause de certaines imperfections que l'improvisation excuse et que la lecture ne supporte pas? N'est-ce pas aussi parce que les paroles écrites sont dépouillées du charme ou de la puissance dont les revêtait l'action oratoire, cette partie si considérable de l'éloquence? Enfin ne faut-il pas remarquer que, tandis que l'auditeur cède à ces courants irréfléchis qui se forment chez les hommes assemblés et soulèvent si facilement en eux l'enthousiasme, le lecteur apprécie sans entraînement et avec un jugement plus libre l'œuvre qui lui est soumise. Je conclurai en disant que les discours sont faits pour être entendus comme les livres pour être lus.

Celui de M. Le Berquier le sera avec un sérieux intérêt et un profit réel par tous les hommes qui recherchent les idées honnêtes et élevées.

PAUL CHARPENTIER,
Procureur impérial à Sens.

[1] Voir *Variétés littéraires*, t. I.

Principes de droit civil, par F. LAURENT, professeur à l'Université de Gand, t. I, in-8°, 1869; Paris, Durand et Pedone Lauriel. Prix : 9 francs.

Ce nouveau cours de droit civil doit avoir de six à huit volumes. Le premier contient l'introduction, le titre préliminaire et le titre de la jouissance et de la privation des droits civils. Il a pour base la législation belge, mais celle-ci, comme on sait, n'est autre que le Code Napoléon, avec quelques modifications de détails ; c'est donc toujours de droit français qu'il s'agit.

M. Laurent est un jurisconsulte philosophe. Ses belles études sur l'histoire de l'humanité ont assez fait connaître l'étendue de ses connaissances et la vigueur de son esprit, on devait s'attendre à le voir porter dans l'étude du droit positif la même hauteur de vues et la même sûreté de jugement. Cette attente n'a point été déçue. Laissant de côté les formules banales et les matières qui ne sont que le développement des principes, l'auteur s'attache avant tout aux théories les plus difficiles, à la recherche des principes qui sont la science même. C'est pourquoi il a consacré tout un volume à l'étude du titre préliminaire et du premier titre du Code Napoléon.

Nous signalerons principalement la théorie des effets de la loi et des dérogations qui peuvent y être apportées par les conventions des parties, celle du conflit des lois étrangères et nationales, celle de la non-rétroactivité des lois. Nulle part ces matières n'ont été traitées d'une manière plus large et plus complète. L'auteur ne se borne pas à exposer la loi en vigueur, il n'hésite pas à en faire, au besoin, la critique. Par exemple, il combat la distinction du statut réel et du statut personnel, ou du moins la définition qui leur a été donnée par nos anciens jurisconsultes et que notre législateur a reçue. En général, il pense que les lois sont personnelles parce qu'elles sont faites pour les hommes, et non pas les hommes pour les lois. Il n'y a de statuts réels que ceux qui touchent à un intérêt social que la souveraineté doit sauvegarder. La démarcation tracée entre ces deux statuts remonte à une époque qui confondait la propriété avec la souveraineté. Aujourd'hui que les derniers vestiges de la féodalité ont disparu, il conviendrait de faire concorder la distinction des statuts avec celle du droit public et du droit privé.

Les règles relatives à l'acquisition de la qualité de Français

et à l'état des étrangers sont l'objet de recherches et d'observations non moins intéressantes. L'auteur fait remarquer avec raison combien cette partie de notre Code est aujourd'hui incomplète et surannée en présence des changements prodigieux qui sont survenus depuis soixante ans dans les relations internationales. Par exemple, il y a aujourd'hui un certain nombre de personnes qui ont deux patries, il y en a un plus grand nombre qui n'en ont aucune. Ce sont là des situations que le Code n'a pas prévues et qu'il faut régler par la jurisprudence en attendant que le législateur intervienne. En ce qui concerne la situation des étrangers, l'auteur montre très-bien la fausseté de la distinction entre les droits civils et ceux qui dérivent du droit des gens. Tous les droits privés doivent appartenir à tous les hommes. « Ce qui prouve avec le plus d'évidence, dit justement l'auteur, que la notion des droits civils est fausse, c'est qu'elle tend à disparaître. Le nombre des droits civils va toujours en diminuant, bientôt il n'en restera pas un seul. » Dans les sociétés primitives, on n'avait de droit qu'autant qu'on était citoyen. La tendance des sociétés modernes est de considérer tous les droits comme attachés à la nature humaine. En ce sens, ils sont tous des droits naturels.

Nous en avons assez dit pour faire comprendre l'intérêt et le mérite du nouvel ouvrage de M. Laurent. Le plus grand service que l'on puisse rendre à la science du droit, c'est de l'arracher à une pratique aveugle et à une scolastique étroite pour la rattacher aux principes éternels de la philosophie et de la morale, à la conscience et à la raison. R. DARESTE.

FIN DE LA QUINZIÈME ANNÉE.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

Histoire du droit civil gréco-romain (suite et fin), par M. Zachariæ, traduit par M. Lauth. 5

Recherches sur le *Liber diurnus* (suite et fin), par M. Eugène de Rozière. 106

Bibliographie. — Exupère Caillemer. Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes; la propriété littéraire à Athènes, par M. P. Pradier-Fodéré. 150

Boulland (T.). De quelques manières d'acheter un champ, par M. P. Pradier-Fodéré. 151

Verdier (Fernand). Des effets de la transcription de la revente relativement aux ayants cause du vendeur originaire, et des moyens d'améliorer la tenue des registres hypothécaires au point de vue de la publicité, par M. P. Pradier-Fodéré. 151

Machelard (E.). Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales, par M. P. Pradier-Fodéré. 152

Pietro Esperson. *Il Principio di nazionalita applicato alle relazioni civili internazionali*, par M. Amédée Roux. 155

Ravaisson (François). Archives de la Bastille, par M. R. D. 159

Etudes sur l'ancien droit bourguignon, d'après les protocoles des notaires (quatorzième et quinzième siècles), par M. J. Simonnet, conseiller à la Cour impériale de Dijon, docteur en droit. 161

De l'organisation de la famille chez les Basques (suite et fin), par M. Eugène Cordier. 208

Nécrologie (H.-E. Dirksen, A. de Daniels, F.-J. Kuehns), par M. Alphonse Rivier, professeur de Pandectes à l'Université de Bruxelles. 255

Bibliographie. — Baquol. L'Alsace ancienne et moderne, 3e édition, entièrement refondue, par P. Ristelhuber; par M. E. B. . 261

Belime (W.). Philosophie du droit ou Cours d'introduction à la science du droit. 262

Nicolin. Notions élémentaires et pratiques de droit commercial à l'usage des négociants. 263

Allard (Albéric). Histoire de la justice criminelle au seizième siècle. 264

Pages.

REVUE BIBLIOGRAPHIQUE, par M. L. DE RESBECQ. 266

Du vol et de sa répression d'après les lois germaines (suite et fin), par M. A. DEMARSY. 273

K.-S. Zachariæ, sa vie et ses œuvres (suite), par M. Ch. BROCHER, docteur et professeur de droit civil, membre de la Cour de cassation du canton de Genève. 295

BIBLIOGRAPHIE. — DE ROZIÈRE (Eugène). *Liber diurnus* ou Recueil des formules usitées par la chancellerie pontificale du cinquième au onzième siècle, par M. E. TAILLIAR, président honoraire à la Cour impériale de Douai. 348

ADDENET. Les actes de l'Etat civil considérés dans leurs motifs, leur caractère et leur forme. 366

LEROUX DE BRETAGNE. Nouveau traité de la prescription en matière civile. 367

De la subrogation réelle (suite), par M. FLACH, avocat, docteur en droit. 369

K.-S. Zachariæ, sa vie et ses œuvres (suite), par M. Ch. BROCHER, professeur, juge à la Cour de cassation de Genève. 430

BIBLIOGRAPHIE. — KHÉRÉDINE. Réformes nécessaires aux Etats musulmans, par M. B. DA COSTA ATHIAS, substitut du procureur impérial à Compiègne. 490

PIERANTONI (Auguste). *Storia degli studi del diritto internazionale in Italia*, par M. R. D. 494

De la subrogation réelle (suite et fin), par M. FLACH, avocat, docteur en droit. 497

K.-S. Zachariæ, sa vie et ses œuvres (suite et fin), par M. Ch. BROCHER, professeur, juge à la Cour de cassation de Genève. 557

BIBLIOGRAPHIE. — LE BERQUIER (Jules). Le barreau moderne, par M. PAUL CHARPENTIER, procureur impérial à Sens. 584

F. LAURENT. Principes de droit civil, par M. R. DARESTE. 589

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PARIS. — TYPOGRAPHIE A. HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7.